Netherlands

HET

NEDERLANDSCH

BURGERLIJK REGT.

HET

NEDERLANDSCH BURGERLIJK REGT,

NAAR DE VOLGORDE

VAN HET

BURGERLIJK WETBOEK,

DOOR

Mr. G. DIEPHUIS,

Inspecteur van het lager onderwijs,

Advokaat bij het Provinciaal Geregtshof van Groningen.

TWEEDE, HERZIENE DRUK.

ZESDE DEEL.

TE GRONINGEN, BIJ

J. B. WOLTERS.

1859.

HET NEDERLANDSCH BURGERLIJK REGT.

DERDE BOEK.

VAN VERBINDTENISSEN.

EERSTE TITEL.

Van verbindtenissen in het algemeen.

§ 1.

Inleiding.

1. Het derde boek behandelt de verbindtenissen, de betrekkingen tusschen twee of meer personen, die jegens elkander verbonden zijn. In de behandeling van dit onderwerp kon, meer nog dan ten aanzien van andere, onze wetgever zijne voorgangers volgen. Terwijl het in het algemeen meer dan vele andere op vaste beginselen berust, hadden deze reeds van de Romeinsche regtsgeleerden eene veelzijdige ontwikkeling en toepassing erlangd. En nadat nu vooral door POTHIER de bepalingen des Romeinschen regts in een meer stelselmatigen vorm waren overgebragt, had de Fransche wetgever in de werken van hem en van anderen eene gereede bouwstof voor zijne bepalingen, die ook in onze wetgeving veelal geene belangrijke verandering behoefden te ondergaan. De beraadslagingen van onzen wetgever dienaangaande

bepaalden zich dan ook, volgens VOORDUIN, grootendeels tot de redactie (1).

2. Ook hier echter is onze wet evenmin enkel eene vertaling van den C. N., als zij dit in het algemeen is. Niet alleen is men van sommige Fransche bepalingen afgeweken, die de ondervinding als minder juist of doelmatig had leeren kennen, en zijn andere, wier uitlegging minder zeker was, beter en bepaalder opgesteld, ofschoon misschien ook hier niet elke verandering eene verbetering is; maar er zijn ook nieuwe bepalingen opgenomen, die de C. N. niet bevat. Dit geldt niet slechts van den achtsten en den tienden titel in hun geheel, maar ook van eene menigte enkele artikelen in de afzonderlijke titels, gelijk wij meermalen gelegenheid zullen hebben te zijner plaatse op te merken. Bovendien beveelt onze wet zich ook hier veelal aan door eene meer gepaste en natuurlijke orde van behandeling (2).

3. Dit geldt vooral van de vier eerste titels van dit boek, in vergelijking met den derden en vierden titel van het derde boek C. N. Hier handelt de derde titel, onder het opschrift: des contrats ou des obligations conventionnelles en général, in een eerste hoofdstuk in het algemeen van overeenkomsten, in een tweede over de voorwaarden tot de geldigheid van overeenkomsten gevorderd, in een derde over het gevolg der verbindtenissen en daarin tevens over de uitlegging der overeenkomsten, in het vierde over de verschillende soorten van verbindtenissen, in het vijfde over het te niet gaan der verbindtenissen, en in het zesde over het bewijs der verbindtenissen en der betaling; waarna de vierde titel spreekt van de verbindtenissen (engagemens), die zonder overeenkomst ontstaan. In het algemeen laat deze handelwijze niet slechts in het onzekere, in hoe ver de bepalingen van den derden titel ook bij het onderwerp van den vierden toepasselijk zijn, maar geeft zij tevens tot verwarring van begrippen aanleiding.

4. Trouwens de Fransche wetgeving draagt in dezen zelve de blijken van verwarring van begrippen, daar zij in den derden titel *verbindtenis* en *overeenkomst* en *verbindtenis door overeenkomst* als uitdrukkingen van dezelfde beteekenis bezigt; van contracten spreekt, waar van verbindtenis sprake moest zijn; en wederom dit woord gebruikt, waar men eene overeenkomst bedoelde. En alsof de verbindtenis, die zonder overeenkomst geboren wordt, iets geheel anders ware dan die, welke daaruit wel ontstaat, spreekt de vierde titel niet van *obligations*, maar van *engagemens*, ofschoon beide uitdrukkingen geheel hetzelfde begrip aanduiden (3).

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 1 en v., 13; DE PINTO, II, bl. 339 en v.; 3e uitg. bl 430 en v. Verg. ook TIJDEMAN, *Regtsgel. Mengelw.*, bl. 43 en v. — (2) VOORDUIN, V, bl. 3. — (3) Verg. MARCADÉ, IV, n. 376 en v.,

5. Dit alles is door onzen wetgever niet nagevolgd. Hij begint met in het algemeen over verbindtenissen te spreken, hetzij deze uit overeenkomst of uit de wet ontstaan. Vervolgens handelt hij wel in verschillende titels, den tweeden en derden, van verbindtenissen, die uit overeenkomst, en van die, welke uit kracht der wet geboren worden, maar alleen om daar de regelen voor te schrijven, die aan elke dier soorten afzonderlijk eigen zijn. De vierde titel, die van het te niet gaan der verbindtenissen handelt, volgt zeer gepast op de beide voorgaande, omdat zijn onderwerp weder aan beide soorten gemeen is, even als dat van den eersten. De volgende titels van dit boek behandelen de onderscheidene overeenkomsten, die, als bronnen van verbindtenis, het meest voorkomen, en de algemeene voorschriften van den eersten, tweeden en vierden titel voor de afzonderlijke uit de onderscheidene overeenkomsten voortspruitende verbindtenissen toepassen, wijzigen en aanvullen. De eerste titel behelst alzoo eene inleiding en is, gelijk NICOLAÏ het uitdrukte, en quelque façon le frontispice de tout l'édifice de notre législation nationale en cette matière, in de eerste plaats van de vier eerste titels, maar voorts ook van dit geheele boek.

AFDEELING I.

Algemeene bepalingen.

§ 2.

Wat verbindtenis is.

6. Even als vele andere in onze wetgeving gebezigde woorden, heeft ook het woord *verbindtenis* niet overal geheel denzelfden zin, maar komt het in twee verschillende beteekenissen voor. Wij beschouwen toch de verbindtenis alleen in een regtskundigen zin, en behoeven ons met de meer algemeene beteekenis van het woord niet in te laten. Verbindtenis is dan in den meest gewonen zin de betrekking, welke er tusschen twee of meer personen bestaat, die jegens elkander in regten tot iets verbonden zijn. Of wel, gelijk het in de Instituten heet: verbindtenis in een band van regte, waardoor de

---

en in *Le Code Civil et ses interprètes* (uit *Rev. de législ.*) in *Rev. d. rev. de droit*, XI, bl. 111 en v. Zie ook VOORDUIN, V, bl. 16; ASSER, § 688; LIPMAN, bl. 380; DE PINTO, II, § 675, bl. 343; 3e uitg. § 725, bl.

een jegens den ander verbonden is om iets te geven, te doen of niet te doen (1). Deze beteekenis stemt met den aard van het woord geheel overeen, die werkelijk aan eene betrekking van verbondene personen doet denken, en wel bepaaldelijk aan eene betrekking van zoodanig aan elkander verbondene personen, dat de een jegens den ander verpligt is tot iets, dat dezen van genen toekomt. Bij elke verbindtenis komen dus ten minste twee personen in aanmerking: hij, die tot iets verpligt, en hij, die tot hetzelfde geregtigd is.

7. Ten aanzien van den eersten gebruikt men gewoonlijk het woord *verpligting*, tot aanduiding van datgene, waartoe hij krachtens de verbindtenis gehouden is. Men vindt dit woord in dien zin in de opschriften van den zesden titel des eersten, in dat van den vierden, en der derde afdeeling van den negenden titel des tweeden, der tweede en derde afdeeling van den vijfden en van den dertienden en veertienden titel des derden boeks, in art. 1271 en 1275, 1302 en 1480 B. W. en in vele andere bepalingen gebruikt, waar telkens de *verpligting* als een gevolg of, zoo men liever wil, als een bestanddeel eener verbindtenis wordt voorgesteld. In dienzelfden zin wordt ook het woord *schuld* gebezigd, behalve dat het enkele malen voorkomt in den zin van *inschuld*, zoo als in 1185 en 1195 B. W. Terwijl toch overigens dit woord in meer bepaalden zin gebruikt wordt voor de verpligting om iets te geven, en wel voornamelijk met betrekking tot eene geldsom, komt het ook voor in den zin van elke verpligting, ook die om iets te doen of niet te doen. En hij, op wien de verbindtenis zoodanige verpligting heeft gelegd, wordt *schuldenaar* genoemd, in even uitgebreiden zin, ook waar hij verpligt is iets te doen of niet te doen. Art. 1275 B. W. spreekt onder anderen in dien zin van den schuldenaar (2).

8. Tegenover zijne *verpligting* staat het *regt* van den ander, wien men, in tegenstelling van den schuldenaar, *schuldeischer* noemt; ook onverschillig, of hij op de betaling eener geldsom, op de levering eener andere zaak, of wel op het volbrengen of nalaten van eenige daad aanspraak heeft. In tegenstelling van de *schuld* des schuldenaars spreekt men ook van de *inschuld* des schuldeischers, dat bepaaldelijk in art. 1178 B. W. in dien algemeenen zin mag worden opgevat, en in art. 2144 Ontwerp van 1820 een regt op of tegen een' of meer personen genoemd wordt (3). Anders wordt ook het woord inschuld meer bepaald genomen in den zin van een regt op voldoening eener

---

(1) Zie pr. Inst. *de Oblig.* Verg. TOULLIER, VI, n. 2; ZACHARIAE, I, § 296, bl. 296; HUBER, *Heed. regtsg.*, III, 1, n. 5; V. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Röm. Rechts*, I, bl. 10 en v. — (2) Verg. V. SAVIGNY, I, bl. 12 en v. Zie ook VOORDUIN, V, bl 51. — (3) Verg. DE GROOT, III, 1.

geldsom; nog beperkter voor het schriftelijk bewijs van dat regt, gelijk in art. 1198 en 1422 B. W.

9. Daar nu de band der verbindtenis voornamelijk den schuldenaar drukt, op wien de verpligting ligt, die hij vervullen moet, en wier vervulling van hem kan worden gevorderd, terwijl aan den kant des schuldeischers een regt bestaat, waaraan hij naar welgevallen al of niet gevolg kan geven, wordt de eerste ook in een meer bepaalden zin aan den ander *verbonden*, en zijne verpligting of schuld ook *verbindtenis* genoemd (1). In dezen zin komt dit woord voor in art. 1177, 1316 en sommige andere bepalingen der wet. Ook deze is in overeenstemming met de natuurlijke beteekenis des woords. Maar al is ook voornamelijk de schuldenaar aan zijne tegenpartij verbonden, dit is toch slechts een gevolg van den band, die tusschen beide bestaat, en deze is de verbindtenis in den eerst opgegeven zin, waarin zij beiden omvat.

10. In dezen meer algemeenen zin is het woord in het opschrift van het derde boek en in die der vier eerste titels gebezigd. Het geheele boek regelt niet slechts de verpligtingen der schuldenaren, maar ook de regten der schuldeischers, zoo als zij óf uit de wet óf uit overeenkomst ontstaan. Dit geldt van den tweeden, den vijfden en volgende titels evenzeer als van den derden; en de eerste, die van de verbindtenissen in het algemeen handelt, omvat evenzeer de geheele verbindtenis, gelijk ook de vierde, overeenkomstig welken het regt van den schuldeischer tegenover den schuldenaar evenzeer te niet gaat als en gelijktijdig met de verpligting van dezen. Het zal niet noodig zijn, het gebruik van het woord in dezen zin in de onderscheidene artikelen aan te wijzen; meestal springt de beteekenis des woords van zelf in het oog; en zoo dit al in sommige artikels minder het geval mogt zijn, zal ook dit in de praktijk geene zwarigheid veroorzaken. De verbondene personen toch hebben in den regel over en weder verpligtingen of verbindtenissen in meer bepaalden zin, die echter alleen bestaan ten gevolge der verbindtenis in den algemeenen zin, en van deze geheel afhankelijk zijn.

11. De verpligtingen, welke eene verbindtenis den schuldenaar oplegt, en de regten, die zij den schuldeischer geeft, zijn wezenlijke verpligtingen en wezenlijke regten, waaraan de bevoegdheid, om de voldoening dier verpligtingen in regten te vorderen, verbonden is. Waar dit het geval niet is, mogen aan de eene zijde pligten, aan de andere aanspraken kunnen bestaan, zij stellen niet daar wat men in regtskundigen zin, en in den zin ook van onze wet, eene verbindtenis noemt, en deze alleen behoort het voorwerp onzer beschouwing te

---

(1) Verg. de bepaling van v. ASSEN, § 277.

zijn. De kracht eener verbindtenis kan verschillende wezen, maar deze moet kracht hebben, of zij is geene verbindtenis.

§ 3.

Van de bronnen der verbindtenis.

12. In den staat, waarin alles aan de wet onderworpen is, bestaat geen regt en geene verpligting, dan krachtens de wet; er bestaat dus in het oog der wet ook geene verbindtenis, die niet door haar is erkend. In zoo ver zou men kunnen zeggen, dat alle geldige verbindtenissen uit de wet ontstaan. Deze is echter niet voor allen de naaste bron, daar sommige verbindtenissen haar ontstaan van elders ontleenen en in de wet slechts eene, hetzij meer algemeene, hetzij meer bepaalde bekrachtiging en regeling vinden (1). Art. 1269 B. W. zegt dienaangaande, dat »alle verbindtenissen ontstaan óf uit overeenkomst, óf uit de wet." En uit deze bepaling volgt tevens, dat, waar eene verbindtenis niet regtstreeks op de wet gegrond is, zij alleen uit overeenkomst kan ontstaan en zonder deze niet bestaat.

13. Dat zij, die de vrije uitoefening hunner regten hebben, — en anderen zijn, volgens art. 1366 B. W., niet bekwaam om overeenkomsten aan te gaan — zich bij overeenkomst aan elkander kunnen verbinden, ligt in den aard der zaak, en is noodzakelijk voor de maatschappelijke zamenleving. Het wordt dan ook bekrachtigd door art. 1374 *a* B. W., volgens hetwelk alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten dengenen, die ze hebben aangegaan, tot wet strekken. Zij scheppen dus even geldige verbindtenissen als de wet zelve, en terwijl bij het aangaan der overeenkomst de wil der partijen vrij is, is hij, wanneer de overeenkomst is aangegaan, gebonden.

14. Wat geene overeenkomst is kan ook als zoodanig geene verbindtenis scheppen. Dit geldt van eene eenvoudige belofte, aan de eene zijde gedaan, maar aan de andere niet aangenomen (2). Dit geldt eveneens van die eenvoudige afspraken, waarbij twee partijen wel hebben zamengestemd, maar zonder zich daarbij jegens elkander te verbinden, en zonder dat er dus eene overeenkomst bestaat in den zin van art. 1349 B. W., waarover wij te zijner plaatse nader zullen spreken.

15. De verbindtenissen, die uit kracht der wet geboren worden, spruiten, volgens art. 1388 B. W., voort óf uit de wet alleen, óf uit de wet ten gevolge van 's menschen toedoen.

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 17. — (2) Verg. Amsterdam 5 Febr. 1852, *W.* 1321.

16. Die, welke gezegd worden uit de wet alleen voort te spruiten, zijn het gevolg der betrekking, waarin men tot anderen staat, en waaraan de wet zelve bepaalde regten en verpligtingen heeft verbonden, zonder dat daartoe eenige bepaalde handeling van partijen noodig is. Zoo heeft de wet regten en verpligtingen, mitsdien verbindtenissen, vastgesteld tusschen echtgenooten, tusschen ouders en kinderen, tusschen voogden en minderjarigen, tusschen eigenaren van naburige erven, tusschen erfgenamen, tusschen deze en hen, die met den erflater in betrekking stonden, of legatarissen, enz. Tusschen deze allen kunnen wel door bepaalde handelingen nieuwe verbindtenissen worden geboren, maar die, welke de wet schept, ontstaan uit en door de wet alleen. Van dien aard zijn in het algemeen de verbindtenissen, geregeld in het eerste en tweede boek B. W.

17. Wij noemden hier ook de verbindtenissen tusschen erfgenamen en hen, die met den erflater in betrekking stonden, of legatarissen. Ofschoon toch dezen hun regt tegen genen slechts kunnen vervolgen, wanneer zij de nalatenschap hebben aanvaard, is evenwel de verbindtenis tusschen hen alleen een uitvloeisel der wet, door deze als natuurlijk gevolg of bestanddeel der erfopvolging aan hunne betrekking van erfgenaam verbonden, zonder dat er tusschen hen eenige bijzondere handeling noodig is, waaruit de verbindtenis zou kunnen ontstaan. Men heeft de aanvaarding eener nalatenschap een quasi-contract genoemd (1); en in het Romeinsche regt wordt zij ook beschouwd als eene handeling, waardoor men quasi ex contractu verbonden wordt; deze voorstelling zou echter bij ons dan meer juist zijn, wanneer de erfgenaam eerst door de aanvaarding in betrekking kwam tot hen, jegens wie de wet hem verpligtingen oplegt.

18. In zekeren zin ontstaan ook al deze verbindtenissen uit de wet ten gevolge van 's menschen toedoen, daar ze niet bestaan, waar de mensch zich zelf niet in die betrekking heeft geplaatst, waaraan zij gehecht zijn; maar zij ontstaan toch uit de wet, die deze betrekkingen heeft geregeld, zonder eenige nadere daad van hen, die het betreft. Anders is het met de verbindtenissen, welke in art. 1388 B. W. gezegd worden uit de wet ten gevolge van 's menschen toedoen voort te spruiten, als die het gevolg zijn eener bepaalde *handeling* of nalatigheid, waaraan de wet zoodanig gevolg verbonden heeft. Deze vloeijen, volgens art. 1389 B. W., óf uit eene regtmatige óf uit eene onregtmatige daad voort.

19. De derde titel van dit boek behandelt slechts twee regtmatige daden, waaruit eene verbindtenis voortvloeit: de waarneming van eens anders belangen en onverschuldigde betaling. Het Romeinsche regt

---

(1) Verg. OPZOOMER, II, bl. 231 en v.

spreekt hier niet ongepast van eene obligatio quasi ex contractu, omdat hier eene bepaalde handeling plaats heeft, waardoor men zich jegens een' ander verbindt, en tot dezen in soortgelijke betrekking komt te staan als door de overeenkomst van lastgeving of die van leening. Minder gepast heeft echter de Fransche wetgever daaruit de weinig duidelijke benaming geput van *quasi-contracten*, die ons B. W. teregt niet heeft overgenomen, omdat zij door niets wordt aanbevolen (1).

20. Hetzelfde geldt van de benamingen *delicten* en *quasi-delicten*, in plaats waarvan onze wetgever spreekt van verbindtenissen, die uit eene onregtmatige daad voortvloeijen; eene algemeene uitdrukking, die zoowel de zoogenoemde delicten als de quasi-delicten omvat, tusschen welke ook niet behoefde te worden onderscheiden, omdat het voor de burgerlijke gevolgen onverschillig is, of de onregtmatige daad met straf is bedreigd of niet. Volgens art. 1401 B. W. stelt elke onregtmatige daad, waardoor aan een' ander schade wordt toegebragt, dengene, door wiens schuld die schade veroorzaakt is, in de verpligting om haar te vergoeden, en in de volgende bepalingen wordt dit verder ontwikkeld en uitgebreid. Is men om zoodanige daad tevens in meer bepaalden zin strafbaar, zoo heeft dit echter geen invloed op de burgerlijke verbindtenis.

§ 4.

Onderscheidene soorten van verbindtenissen. Natuurlijke verbindtenissen.

21. Gelijk wij zoo even zagen, worden de verbindtenissen, ten aanzien van haren oorsprong onderscheiden in die, welke uit eene overeenkomst, en die, welke uit de wet ontstaan; terwijl de laatsten weder óf uit de wet alleen voortvloeijen, óf uit de wet ten gevolge van 's menschen toedoen, en wel wat dit laatste betreft, hetzij door eene regtmatige, hetzij door eene onregtmatige daad. Deze onderscheiding betreft alleen den oorsprong; op de werking der verbindtenissen is zij zonder invloed.

22. Wat de strekking betreft, de verbindtenissen strekken om iets te geven, of om iets te doen of niet te doen; art. 1270 B. W. Men noemt de eerste wel eens zakelijke, de andere persoonlijke verbindtenissen (2). En deze onderscheiding heeft tevens invloed op

---

(1) Verg. TOULLIER, XI, n. 14 en n.; DE PINTO, II, § 738, bl. 382; 3e uitg. § 792, bl. 479. Zie echter ook ZACHARIAE, I, § 305, bl. 319, n. 1. Verg voorts v. SAVIGNY, II, bl. 1 en v. — (2) Verg. ZACHARIAE, I, § 299, bl. 304, die nog twee andere beteekenissen van persoonlijke en zakelijke verbindtenissen opgeeft, wier vermelding hier echter minder noodig schijnt.

de gevolgen der verbindtenissen, zoodat de wetgever afzonderlijk in de tweede afdeeling van de eerste, in de derde van de andere soort handelt (1). Art. 1270 kan als eene inleiding tot deze beide afdeelingen beschouwd worden.

23. Het geeft tevens aanleiding tot eene verdeeling in stellige of positieve, en ontkennende of negatieve verbindtenissen; de eerste strekken om iets te geven of te doen, de laatste om iets niet te doen (2). De derde afdeeling bewijst, dat ook deze onderscheiding niet zonder praktisch gewigt is.

24. Eveneens kan men onderscheiden tusschen hoofd- en bijkomende verbindtenissen. De eerste bestaan op zich zelve; de andere zijn aan gene ondergeschikt. Tot deze kan men brengen die, welke strekken tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, waarvan de vierde, die, welke ontstaan uit eene bijgevoegde strafbepaling, waarvan de laatste afdeeling van dezen titel handelt, alsmede den borgtogt, behandeld in den achttienden titel van dit boek, de verbindtenis tot pandgeving, tot hypotheekstelling, enz.

25. Ten aanzien van de kracht en zekerheid der verbindtenissen, onderscheidt men ze in zuivere en voorwaardelijke. Omtrent de eerste valt niets bijzonders op te merken; de vijfde afdeeling regelt de laatste.

26. Ten aanzien van den tijd, waarop aan de verbindtenissen gevolg moet worden gegeven, zijn ze zuiver of met tijdsbepaling; over de laatste handelt de zesde afdeeling.

27. Ten aanzien der regten en verpligtingen, waar meer dan één schuldeischer of meer dan één schuldenaar zijn, zijn de verbindtenissen hoofdelijk (solidair) of niet hoofdelijk. De gevolgen der hoofdelijkheid zijn geregeld in de achtste afdeeling.

28. Ten aanzien van het voorwerp der verbindtenissen onderscheidt men deze in enkelvoudige en zamengestelde, en de laatste weder in conjunctieve, facultatieve en alternatieve. Over deze laatste handelt de zevende afdeeling, bij welke gelegenheid wij met een woord over de andere zullen spreken.

29. Naar den aard van het voorwerp worden voorts de verbindtenissen nog onderscheiden in deelbare en ondeelbare, volgens de bepalingen der negende afdeeling van dezen titel.

30. Men onderscheidt voorts, om van andere verdeelingen niet te gewagen, de verbindtenissen nog in burgerlijke en natuurlijke, naarmate de schuldeischer daarop eene regtsvordering kan gronden of

---

(1) ZACHARIAE, I, § 304, bl. 318. Verg. OPZOOMER, II, bl. 234 en v.; v. BELL, *De ondeelbaarheid der erfdienstbaarheden*, bl. 41 en v. — (2) Verg. v. SAVIGNY, I, bl. 296 en v.

niet (1). Deze onderscheiding komt mij echter bij ons minder gepast voor, omdat men, mijns bedunkens, bij de behandeling onzer wetgeving eigenlijk van geene natuurlijke verbindtenissen kan spreken. Men ontzegt daaraan toch de kracht, die, naar onze meening, tot het begrip van verbindtenis noodig is, en juist in die ontzegging stelt men het wezen der *natuurlijke* verbindtenis. Wij zullen onze meening eenigzins nader ontwikkelen.

31. Er wordt verschillend gedacht over de vraag, wat men onder natuurlijke verbindtenissen te verstaan hebbe, en welke hare bronnen en gevolgen zijn (2). Men heeft daarbij, mijns bedunkens, te veel gelet op het woord *natuurlijke*, terwijl men zich liever had moeten afvragen, of hier wel werkelijk verbindtenissen bestaan, dan of de benaming van natuurlijke verbindtenissen naar onze wetgeving onjuist geacht moet worden. Dat men zich bij de beoordeeling van dit onderwerp geheel los moet maken van de uitspraken des Romeinschen regts, welks natuurlijke verbindtenissen veelal in verband staan met instellingen, die vreemd zijn aan ons hedendaagsch regt, behoeft hier wel geen opzettelijk betoog.

32. Men neemt over het algemeen aan, dat volgens het Romeinsche regt datgene, waartoe iemand ten gevolge eener natuurlijke verbindtenis verpligt is, ook met eene gewone verbindtenis in compensatie gebragt kon worden (3); dat, hetgeen ten gevolge van haar voldaan was, niet kon worden teruggevorderd (4); dat zij voor schuldvernieuwing vatbaar was en daardoor in eene gewone verbindtenis veranderd kon worden (5); dat men haar door geldige borgstelling kon bekrachtigen (6), gelijk ook door pand of hypotheek (7), en dat zij vatbaar was voor het pactum constitutae pecuniae (8). In allen gevalle had zij er gevolgen eener gewone verbindtenis, hoezeer zij dan geen regt van actie gaf. Zij

(1) V. ASSER, § 279. — (2) Verg. over natuurlijke verbindtenissen vooral POTHIER, *Traité des oblig.*, n. 173—175, 191—197; MALLEVILLE, III, bl. 90 en v.; TOULLIER, VI, n. 377—396; DURANTON, X, n. 31—45; ZACHARIAE, I, § 297, bl. 296 en v.; MARCADÉ, IV, n. 669 en v.; *C. N. et Mot.*, V, bl. 52 en v., 131 en v.; M. SATURNIN VIDAL, *De l'obligation naturelle selon le droit romain et le C. C. fr.*, (uit *Rev. franç. et étr.* in *Rev. d. rev. de droit*, IV, bl. 115—129); C. W. OPZOOMER, *De naturali obligatione* (Leyden 1845), die, met erkenning der natuurlijke verbindtenissen als verbindtenissen, de vraag, of in elk bijzonder geval eene natuurlijke verbindtenis bestaat, als van bloot uitlegkundigen aard beschouwt, die alleen uit de wet is te beantwoorden, zonder dat men tot billijkheid of natuurregt zijne toevlugt zou mogen nemen; *Themis*, VII, bl. 300—314. — (3) L. 6 D. *de compensationibus* (XVI, 2). — (4) L. 19 D. *de condict. indebiti* (XII, 6); l. 10 D. *de oblig. et action.* (XLIV, 7). — (5) L. 1 D. *de novat. et delegat.* (XLVI, 2). — (6) § 1, Inst. *de fidejussoribus* (III, 21); l. 16, § 3, D. *de fidejuss. et mandator.* (XLVI, 1). — (7) L. 5 D. *de pignor. et hypoth.* (XX, 1). — (8) L. 1, § 7 D. *de pecunia constituta* (XIII, 5).

was dus eene verbindtenis, als zoodanig erkend door het stellige regt, maar eene van mindere, van beperkte kracht, en werd uit dien hoofde, in tegenoverstelling der civilis obligatio, obligatio naturalis genoemd (1); terwijl de verschillende bronnen, waaruit zij vooral gezegd wordt voort te vloeijen, bij ons ten deele niet meer bestaan (2).

33. Wel is waar spreekt ook onze wet, in navolging van art. 1235 C. N., in art. 1595 *b* B. W., van natuurlijke verbindtenissen, waar zij bepaalt, dat geene terugvordering plaats kan hebben, wanneer men vrijwillig aan natuurlijke verbindtenissen voldaan heeft. Maar dat de Fransche en ook onze wetgever, waar zij eene bepaling uit het Romeinsche regt overnamen, ook eene daarbij gebezigde uitdrukking gebruikten, is geen bewijs, dat die benaming, ook bij zoo zeer veranderde betrekkingen, de ware is. Het tegendeel wordt, mijns bedunkens, door de beschouwing onzer wetgeving aannemelijk.

34. Onze wet onthoudt zich van alle verdere regeling van de natuurlijke verbindtenissen. De bronnen, waaruit deze zouden voortvloeijen, zijn nergens aangewezen; zij zouden dus, zoo ze werkelijk verbindtenissen waren, even als de gewone verbindtenissen, óf uit overeenkomst óf uit de wet moeten ontstaan, waaruit, volgens art. 1269 B. W., *alle* verbindtenissen ontstaan. Maar vanwaar dan het onderscheid, vanwaar de verdeeling in wezenlijke verbindtenissen en in die, welke ten naasten bij alle gevolg missen, zonder dat de wet daaromtrent nadere aanwijzing doet? Zal ook de wet eene natuurlijke verbindtenis doen geboren worden, en zal deze een gevolg zijn der overeenkomst, die, als bron van verbindtenissen, tusschen partijen geldt voor wet, en dus slechts geldige verbindtenissen schept?

35. Men beschouwt gewoonlijk bij ons als natuurlijke verbindtenis het gevolg der overeenkomst van hem, die volgens de wet daartoe onbekwaam is. Maar hoezeer met beperkte kracht, ontstaat uit die overeenkomst wel degelijk eene verbindtenis, op grond van welke men eene actie kan instellen, al is het ook dat de onbekwame daarop de nietigheid der overeenkomst vorderen kan. Het verschil hiertusschen valt in het oog. En zoo wij nu hierbij op art. 1395 *b* letten, zal het wel niet twijfelachtig zijn, dat, wanneer b. v. eene getrouwde vrouw zonder magtiging voldoet aan eene eveneens zonder magtiging aangegane overeenkomst, alsdan zeer goed terugvordering kan plaats hebben; maar dat deze alleen dan niet kan geschieden, wanneer zij met mag-

---

(1) OPZOOMER, bl. 53. — (2) Verg. M. SATURNIN VIDAL, in *Rev. d. rev. de droit*, IV, bl. 116—123, en vooral Mr. A. C. HOLTIUS, *Verhand. over de leer van de obligatio naturalis in het Rom. regt*, in *N. Jaarb. v. R. en W.*, VII, bl. 529—562; V. SAVIGNY, I, bl. 22 en v.; zie ook I. CAUVET, *Des systèmes nouveaux sur les oblig. natur. dans le droit Romain*, in *Rev. de législ. et de jurispr.*, 1853, I, bl. 193-216.

tiging of na de ontbinding des huwelijks voldoet, ofschoon art. 1395 *b* die gevallen niet onderscheidt. Even weinig maakt een gebrek in den vorm der akte eene verbindtenis tot eene natuurlijke; dat gebrek is in den regel enkel op het bewijs van invloed (1). En waar de wet het bestaan eener verbindtenis ontkent, daar bestaat in haar oog in het geheel geene verbindtenis.

36. Van gevolgen van natuurlijke verbindtenissen wordt in onze wet nergens gesproken, ook niet bij wijze van uitzondering, behalve alleen in art. 1395 *b* B. W. Indien nu hier werkelijk aan eene verbindtenis te denken viel, zou bij gebreke van uitzondering noodwendig alles, wat ten aanzien der verbindtenissen is bepaald, ook van de natuurlijke moeten gelden. Dat dit echter het geval niet kan zijn, ligt in den aard der zaak, daar anders het begrip van natuurlijke verbindtenissen geheel zou wegvallen. De gewone gevolgen der verbindtenissen kunnen dus aan haar niet worden toegekend. Maar dan ook evenmin eenig ander gevolg, dan 'twelk art. 1395 *b* B. W. vermeldt, omdat anders voor ieder' ander evenzeer eene uitdrukkelijke bepaling noodig zou geweest zijn, en het genoemde voorzeker niet meer dan eenig ander vermelding behoefde, daar het wel niet twijfelachtig is, dat dit gevolg noodzakelijk aan elke verbindtenis verbonden is.

37. Dat hetgeen art. 1395 *b* B. W. natuurlijke verbindtenis noemt, inderdaad geene verbindtenis is, volgt ook uit het eerste lid, hetwelk veronderstelt, dat het betaalde niet verschuldigd was en er dus geene verbindtenis bestond; waarna men wel geene bepaling zal verwachten, dat, hetgeen betaald is ter vrijwillige voldoening aan eene verbindtenis, niet teruggevorderd kan worden. Men merke voorts op, dat art. 1395 *b* B. W. de terugvordering alleen uitsluit, wanneer vrijwillig is voldaan aan eene natuurlijke verbindtenis. Bij het eenige gevolg, aan deze toegekend, wordt dus eene vrijwillige voldoening op den voorgrond gesteld. Maar dit is nu weder zoo zeer in strijd met het wezen eener verbindtenis, dat art. 1292 B. W. uitdrukkelijk alle verbindtenissen nietig verklaart, wier vervulling afhankelijk gesteld is van den wil van dengene, die verbonden is. Er zijn, die beweren, dat de natuurlijke verbindtenis door de vrijwillige voldoening eene geldige verbindtenis wordt, en dat daarom de terugvordering is geweigerd. Maar het zou voorzeker vreemd zijn, zoo de betaling, die in het algemeen een middel is, waardoor verbindtenissen te niet gaan, hier juist eene, gelijk men wil, krachtelooze verbindtenis in eene geldige zou herscheppen, op het oogenblik dat zij haar vernietigt.

---

(1) Dit is vooral het geval met eene niet schriftelijk aangegane overeenkomst, die, volgens art. 1933 B. W., niet door getuigen bewezen kan worden, en waarbij men dus ook niet, met v. SAVIGNY, I, bl. 127 en v., aan eene natuurlijke verbindtenis kan denken.

38. Het is waar, men neemt veelal ook thans nog andere gevolgen aan; bepaaldelijk erkent men, ten aanzien van natuurlijke verbindtenissen, schuldvernieuwing, borgstelling, pand en hypotheek. Wat pand en hypotheek betreft, waarop men zijn regt zal kunnen verhalen, wanneer de schuldenaar anders niet aan de verbindtenis voldoet, — ze zijn mijns bedunkens geheel ongepast, waar men niet anders dan geheel vrijwillig tot eenige betaling behoeft over te gaan. Borgtogt kan, volgens art. 1858 *a* B. W., niet bestaan, of er moet eene wettige hoofdverbindtenis zijn, waartoe men toch wel de natuurlijke verbindtenis niet zal kunnen brengen. Het tweede lid spreekt wel van eene verbindtenis, waartegen men zich door eene exceptie kan verdedigen, maar ook de zoodanige is geheel verschillend van de zoogenaamde natuurlijke verbindtenis. En volgens art. 1859 *a* kan een borg zich tot niet meer, noch onder meer bezwarende voorwaarden verbinden, dan waartoe de hoofdschuldenaar verbonden is. Wel kan men zich, volgens art. 1352 B. W., voor eenen derde sterk maken, door te beloven, dat deze iets doen zal, maar hier wordt geenerlei verbindtenis aan de zijde van dien derde verondersteld. En wat de novatie aangaat, waar geene *schuld* bestaat in regtskundigen zin, kan ook geene schuldvernieuwing plaats hebben. Er kan wel eene geldige verbindtenis in plaats der natuurlijke worden aangegaan, maar men noeme dit geene schuldvernieuwing; het is eene geheel nieuwe verbindtenis, uit overeenkomst ontstaande. Aan compensatie valt hier geheel niet te denken, omdat men dan bij wijze van exceptie eischer worden zou, hetgeen strijdig is met het algemeen begrip van natuurlijke verbindtenis, en omdat, volgens art. 1463 B. W., vergelijking alleen plaats heeft tusschen twee schulden, die wederzijds voor eene dadelijke opeisching vatbaar zijn.

39. Vraagt men nu, wat het zij, hetgeen de wet in art. 1395 *b* natuurlijke verbindtenis noemt, zoo meen ik, met uitsluiting van alle begrip van verbindtenis in regtskundigen zin, haar te mogen omschrijven als de betrekking, welke tusschen hem, die zedelijk eenige verpligting heeft of meent te hebben jegens een' ander, en dezen bestaat (1). Welke de oorsprong dier zedelijke verpligting zij, acht ik volkomen onverschillig; eveneens geloof ik, dat het niets ter zake doet, of er werkelijk zoodanige zedelijke verpligting bestaat, dan of hij, die voldoet, zich enkel, zonder feitelijke dwaling, zedelijk verpligt rekent; gelijk trouwens de zedelijke verpligting ook in het algemeen grootendeels afhankelijk is van de meening van hem, op wien zij rust. Zoo is de vader van een natuurlijk, maar niet door hem erkend kind,

(1) Het Pruissisch landregt spreekt bij de condictio indebiti ook slechts van *moralische Verbindlichkeit*. Verg. HOLTIUS, t. a. p., bl. 561 en v.

wegens de natuurlijke betrekking, die, ook zonder door de wet erkend te zijn, tusschen hen bestaat, zedelijk verpligt voor diens onderhoud te zorgen; zoo is hij, die iets aan een' ander beloofd heeft, zedelijk verpligt het te volbrengen, omdat belofte in zedelijken zin schuld maakt. Wanneer hij, op wien, om deze of eenige andere oorzaak, zoodanige verpligting rust, vrijwillig iets heeft voldaan, om zich daardoor van die verpligting te kwijten, dan kan hij het gegevene niet terugvorderen. De ratio legis is duidelijk. Hetgeen aldus voldaan werd, werd niet zonder oorzaak voldaan, en die vrijwillige voldoening uit pligtgevoel, door den ander aangenomen, levert het bewijs eener wederzijdsche toestemming, die tusschen hen van kracht moet zijn, zoodat hij, die aannam, veilig is in het genot van hetgeen hij heeft ontvangen. En deze veiligheid moest hem door eene uitdrukkelijke bepaling worden verzekerd, omdat anders, daar hem in het oog der wet niets verschuldigd was, het ontvangene volgens den algemeenen regel door de condictio indebiti zou kunnen teruggevorderd worden.

40. Zie daar, mijns bedunkens, eene ratio legis, die het tevens duidelijk maakt, waarom in art. 1395 B. W. juist gesproken wordt van eene betrekking, waaraan nergens elders in de wet eenig gevolg wordt toegekend. Die ratio legis geldt van elke zedelijke verpligting; het begrip van verbindtenis is hier dus volstrekt niet noodzakelijk. Bij deze beschouwing wordt de zaak ongetwijfeld veel eenvoudiger, en behoeft men niet tot die onderscheidingen zijne toevlugt te nemen, welke anders, hoezeer veelal vrij willekeurig, in dezen gemaakt worden. De eenige vraag, die de regter in voorkomende gevallen te beantwoorden heeft, is deze, of hij, die iets vrijwillig voldeed, dit deed om zich van eenige zedelijke verpligting te kwijten. Maar dan zou ook de duidelijkheid bevorderd worden, wanneer men de uitdrukking van natuurlijke verbindtenis vermeed (1), en afstand deed van de algemeen aangenomene gewoonte, om de verbindtenissen te onderscheiden in burgerlijke en natuurlijke. Hetgeen men onder de eerste verstaat, is alleen verbindtenis in regtskundigen zin, volgens onze wet; dat deze eene enkele reis eene min gepaste uitdrukking gebezigd heeft, kan de zaak zelve niet veranderen.

(1) Men zou kunnen zeggen: hetgeen iemand vrijwillig heeft voldaan, om zich van eenige zedelijke verpligting te kwijten, kan niet teruggevorderd worden.

AFDEELING II.

§ 5.

Van verbindtenissen om iets te geven.

41. Waar gesproken wordt over verbindtenissen om iets te geven, valt natuurlijk aan geene liefdadigheid te denken, maar aan de verpligting tot overgave eener verschuldigde zaak aan den schuldeischer. En dit geldt niet alleen wanneer de schuldenaar verpligt is, den eigendom eener zaak over te dragen, maar ook waar hij alleen het genot of bezit der zaak verschaffen moet, ten gevolge eener overeenkomst van huur, bruikleening of pand; in het algemeen zoo dikwijls eenige zaak aan den schuldeischer moet worden overgegeven, zoo dikwijls de verbindtenis loopt over eenige zaak, niet over eene daad of het nalaten hiervan (1).

42. In de verbindtenis om te geven is, blijkens art. 1271 *a* B. W., in de eerste plaats begrepen de verpligting om de zaak te leveren. Ofschoon de wet hier niet, gelijk in art. 1273 B. W., van het geven eener bepaalde zaak spreekt, moet echter ook hier, wegens den geheelen inhoud van art. 1271, het geval verondersteld worden, dat eene bepaalde zaak verschuldigd was (2). De wijze van levering is verschillend, naar den verschillenden aard van hetgeen gegeven moet worden. Waar eigendom moet worden overgedragen, gelden de bepalingen van art 667—671 B. W.; waar het alleen het gebruik of bezit eener zaak geldt, is slechts zoodanige overgave dier zaak noodig, die dat gebruik of bezit verschaffen kan.

43. Die verpligting tot levering is de hoofdverpligting in dezen (3) en wordt ook in art. 1210 B. W. ten aanzien van den verkooper, in art. 1586, 1° B. W. ten aanzien van den verhuurder nog uitdrukkelijk vermeld. En terwijl wij zien zullen, dat de verbindtenissen, om iets te doen of niet te doen, worden opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interessen, wanneer de schuldenaar niet wil doen of nalaten wat hij moet, is hier de schuldenaar bepaald tot levering verpligt, en kan de zaak zelve, hetzij regtstreeks, waar een executoriale titel aanwezig is, hetzij krachtens een tegen den schuldenaar verkregen vonnis, des noods met alle in regten erkende middelen uit zijn bezit worden weggenomen, zonder dat hij met een aanbod van schadevergoeding kan volstaan (4).

---

(1) Verg. v. SAVIGNY, I, bl. 298 en v.; OPZOOMER, II, bl. 235 en v.; zie echter DURANTON, X, n. 389. — (2) Verg. OPZOOMER, II, bl. 236 en v. — (3) TOULLIER, VI, n. 200. — (4) POTHIER, n. 156; DURANTON, X, n. 393; XVI, n. 199; ZACHARIAE, § 299, bl. 305, n. 3.

44. Wel kan ook hier vergoeding van kosten, schaden en interessen te pas komen, maar (behalve wanneer de schuldenaar in gebreke was, in welk geval de verpligting om te leveren dezelfde blijft) alleen volgens art. 1272 B. W., indien hij zich in de onmogelijkheid heeft gesteld om de zaak te leveren, en deze dus door zijne schuld niet meer geleverd kan worden, of wanneer hij voor haar behoud niet behoorlijk heeft gewaakt. En voor deze vergoeding kan ook geene afgifte eener andere zaak in de plaats gesteld worden.

45. In de verbindtenis om iets te geven is namelijk, volgens art. 1271 *a* B. W., als eene bijkomende verpligting, ook begrepen die, om voor het behoud der zaak, tot op het tijdstip der levering, als een goed huisvader te zorgen (1). Ook deze verpligting is algemeen, hetzij de verbindtenis alleen het voordeel van eene der partijen, of wel een wederkeerig voordeel bedoelt. Art. 1137 *a* C. N. zegt dit uitdrukkelijk; bij ons is het wegens de algemeenheid der bepaling even zeker. Alleen is deze verpligting, volgens art. 1271 *b* B. W., meer of minder uitgestrekt ten aanzien van zekere overeenkomsten (2), waarvan de gevolgen te dezen opzigte in de daartoe betrekkelijke titels aangewezen worden.

46. Vroeger werd door de uitleggers van het Romeinsche regt onderscheiden tusschen dolus, lata culpa, die met dolus werd gelijk gesteld, levis en levissima culpa, en werden dienovereenkomstig zoovele onderscheidene graden van verantwoordelijkheid aangenomen, waartoe een schuldenaar, volgens de meerdere of mindere zorg, die van hem gevorderd kon worden, naarmate van het meer of minder voordeel, dat uit de verbindtenis voor hem was te wachten, gehouden was. Latere uitleggers plegen, op het voorbeeld van HASSE, tegenover den dolus en de lata culpa alleen eene levis culpa te stellen (3). Er zijn, die de bepalingen des Romeinschen regts, bepaaldelijk naar de vroegere opvatting, ook nog onder de tegenwoordige wetgeving toepasselijk achten (4). Anderen echter zijn van eene andere meening, en zoo het schijnt met meer regt. Immers blijkt het, dat de Fransche wetgever, wien de onze in dezen is gevolgd, hier werkelijk van het Romeinsche regt heeft willen afwijken en meer eenvoudigheid invoeren (5). Vandaar ook de meer uitvoerige redactie van art. 1137 *a*

---

(1) Verg. OPZOOMER, II, bl. 238. — (2) Ook hier was het woord *verbindtenissen* meer gepast geweest. — (3) Dr. J. CHR. HASSE, *die Culpa des Römischen Rechts* (Kiel 1815). Verg. de korte voorstelling dier leer van A. HAUTHUILLE, in *Rev. d. rev. de droit*, I, bl. 24 en v. — (4) Verg. DURANTON, X, n. 398 en v.; XVI, n. 209 en v. — (5) Verg. *C. N. et Mot.*, V, bl. 16 en v., bl 112 en v.; MALLEVILLE, III, bl. 35; TOULLIER, VI, n. 330; ZACHARIAE, I, bl. 321 en v., n. 9; HAUTHUILLE, bl. 31; MARCADÉ, IV, n. 506 en v.; OPZOOMER, II, bl. 238 en v.

C. N., die onze wetgever niet meer noodig had. Bovendien verwijst art. 1271 *b* B W. zelf, even als art. 1137 C. N., naar de aanwijzing der gevolgen in de tot de onderscheidene verbindtenissen betrekkelijke titels.

47. Wij vinden in art. 160 *d* B. W. den man de verpligting opgelegd, om de goederen der vrouw als een goed huisvader te beheeren. Gelijke verpligting legt art. 443 *a* den voogd op. De vruchtgebruiker moet, volgens art. 831 B. W., van de zaak als een goed huisvader gebruik maken. De beneficiaire erfgenaam moet de tot de erfenis behoorende goederen, volgens art. 1079 B. W., als een goed huisvader besturen. Hij, die eens anders zaken waarneemt, moet, volgens art. 1392 *a* B. W., opzigtelijk zijn beheer de pligten van een' goed huisvader waarnemen. De huurder moet, volgens art. 1596, 1° B. W., het gehuurde als een goed huisvader gebruiken. De bruikleener moet, volgens art. 1781 *a* B. W., als een goed huisvader voor de bewaring en het behoud van het geleende goed zorgen. In art. 1203 *a* B. W. wordt gezegd, dat de pandhouder voor het verlies of de vermindering van het pand verantwoordelijk is, voor zoo ver zulks door zijne nalatigheid mogt hebben plaats gehad. De lasthebber is, volgens art. 1838 B. W., in het algemeen niet alleen wegens kwaad opzet aansprakelijk, maar ook wegens verzuimen, welke hij bij het volvoeren van zijn' last mogt hebben gepleegd; maar de verantwoordelijkheid wegens verzuimen wordt minder streng toegepast ten aanzien van dengene, die een' last om niet op zich neemt, dan van hem, die daarvoor eenige belooning ontvangt. De bewaarnemer moet, volgens art. 1743 B. W., omtrent de bewaring der aan hem toevertrouwde zaak dezelfde zorg aanwenden, welke hij omtrent de bewaring zijner eigene zaken aanwendt; alleen moet dit in de in art. 1744 genoemde gevallen met meer gestrengheid worden toegepast.

48. Met het oog op al deze bepalingen schijnt men het volgende te moeten aannemen. In het algemeen is bij alle verbindtenissen den schuldenaar de zorg van een' goed huisvader aanbevolen en tot pligt gesteld. Men moet daaronder verstaan de zorg, die de zoodanigen aan hunne zaken wijden, van wie men zegt, dat zij goed op hunne zaken passen. Hoe de schuldenaar zelf omtrent zijne eigene zaken handelt is in den regel onverschillig, want terwijl hij voor het overige als eigenaar vrij is ten aanzien van zijn goed te doen of te laten wat hij wil, is hij als schuldenaar in die vrijheid beperkt door het regt, dat een ander op de zaak heeft, zoodat hij zich te dezen aanzien geene nalatigheid mag veroorloven (1). Deze algemeene verpligting is voor

(1) ZACHARIAE, I, § 308, 2°, bl. 322 en n. 1 en v.

sommige bepaalde verbindtenissen ten overvloede herhaald, maar geldt evenzeer bij alle zoodanige, te wier aanzien daarvan geene uitdrukkelijke vermelding is geschied, zonder dat men op gronden eener vermeende billijkheid onderscheidingen mag aannemen, die de wet niet kent. Nergens is voorts eene meerdere zorg door de wet gelast, omdat men ook redelijkerwijze niet wel meer kon vorderen; maar in enkele gevallen is slechts eene mindere gevorderd (1), en deze is alleen daar voldoende, waar de wet dit uitdrukkelijk heeft te kennen gegeven.

49. De uitdrukking: »meer of minder uitgestrekt", in art. 1271 *b* B. W., moet alzoo geheel op haar zelve beschouwd worden, niet alsof er ook eene meer uitgestrekte verpligting krachtens de wet kon bestaan, dan het eerste lid aanduidt (2); daarvan toch is nergens een voorbeeld te vinden. Er zijn dus twee soorten van zorg door de wet gevorderd. In den regel is het die van een goed huisvader; bij uitzondering kan echter de schuldenaar ook volstaan met die zorg, die hij zelf aan zijne eigene zaken pleegt te wijden. Eene meerdere zorg dan de eerstbedoelde kan slechts dan van hem gevorderd worden, wanneer hij zelf zich daartoe verbonden heeft.

50. Voor het overige is het in elk geval de regter, die naar de bijzondere gesteldheid der zaken beoordeelen moet, of de schuldenaar voldaan heeft aan hetgeen van hem kan gevorderd worden (3). Wel kan ook de regter den eisch der wet niet veranderen, verminderen of uitbreiden, en moet hij telkens, wanneer geene bijzondere bepaling omtrent bijzondere verbindtenissen in de wet of in de overeenkomst voorkomt, het algemeen voorschrift van art. 1271 *a* volgen, dat hem als maatstaf is voorgelegd; maar in hoever de schuldenaar in elk bepaald geval gezegd kan worden nalatig te zijn geweest in de zorg, die van hem gevorderd wordt, is eene vraag, bij wier beantwoording hem ongetwijfeld eene groote ruimte moest worden overgelaten; terwijl ook bij de eene verbindtenis ligter aan de eischen der wet voldaan wordt, dan bij de andere (4).

51. Volgens art. 1138 C. N. is niet alleen de verbindtenis om iets te geven volkomen door de enkele overeenstemming der contracterende partijen, maar maakt zij ook den schuldeischer eigenaar en doet de zaak voor zijne rekening zijn, sedert het oogenblik, waarop zij moest geleverd worden, ofschoon de levering of overgang nog

---

(1) Art. 1744 B. W. brengt weer tot den regel terug, waarvan in art. 1743 was afgeweken. ZACHARIAE, t. a. p., bl. 322, n. 4; HAUTHUILLE, bl. 72. — (2) Dit schijnt voorbijgezien te zijn door HAUTHUILLE, bl. 31 en v. — (3) DURANTON, V, n. 416; OPZOOMER, II, bl. 239. — (4) De Fransche wetgever heeft hier dan ook werkelijk veel aan den regter willen overlaten. Zie *C. N. et Mot.*, V, bl. 17.

niet is geschied, tenzij de schuldeischer mogt in gebreke zijn van te leveren (1). Van deze bepaling is onze wetgever ten deele afgeweken, omdat bij ons het stelsel is aangenomen, dat de eigendom niet door de overeenkomst der partijen, maar door de levering overgaat (2).

52. Intusschen is ook bij ons in art. 1273 B. W. bepaald, dat in het algemeen bij eene verbindtenis om eene bepaalde zaak te geven, deze, al is ook de schuldenaar niet in gebreke haar te leveren, voor rekening is van den schuldeischer van het oogenblik der verbindtenis. Ofschoon hij nog geen eigenaar is, kan hij zich niet beroepen op den regel: res perit domino, maar is het te dezen aanzien alsof hij reeds eigenaar was: nostrum est quod nobis debetur. Men houde toch wèl in het oog, dat art. 1273 eene verbindtenis bedoelt tot levering van den eigendom der zaak, wat vooral ook uit eene vergelijking met art. 1138 C. N. duidelijk wordt, en niet van toepassing is waar eene zaak enkel ten gebruike wordt afgestaan. Ook vervalt, volgens art. 1480 B. W., de verbindtenis door het vergaan der zekere en bepaalde zaak, die er het onderwerp van uitmaakt (3).

53. Wij vinden de toepassing hiervan in art. 1496 B. W., volgens hetwelk de verkochte zaak, indien zij in een zeker en bepaald voorwerp bestaat, van het oogenblik van den verkoop af voor rekening van den kooper is, hoewel de levering nog niet heeft plaats gehad. Ten aanzien van ruiling is echter in art. 1581 B. W. bepaald, dat, indien eene zekere en bepaalde zaak, welke men beloofd had in ruiling te geven, buiten schuld van den eigenaar is verloren gegaan, de overeenkomst voor vervallen gehouden wordt; en eene gelijke bepaling behelst art. 1685 *a* B. W. ten aanzien van maatschap. Voor het overige geldt in het algemeen de regel, waarvan het echter aan de partijen vrijstaat af te wijken, om de zaak voor rekening van den schuldenaar te laten blijven en dezen daarvoor te laten instaan, daar het wel niet als een punt van publieke orde beschouwd kan worden (4).

54. De wet veronderstelt eene verbindtenis om eene bepaalde zaak te geven. Waar de zaak slechts ten aanzien harer soort bepaald

---

(1) Zie daarover MARCADÉ, IV, n. 480 en v. — (2) VOORDUIN, V, bl. 19; ASSER, § 689. Verg. hierboven III, n. 412 en v. — (3) DE PINTO, II, § 679, bl. 344; 3e uitg. § 729, bl. 435; PLIESTER en SCHÜLLER, op art. 1273 B. W.; OPZOOMER, II, bl. 239 en v., vooral 242 en v. Verg. VOORDUIN, V, bl. 161—163; V. B. FAURE, in *N. Jaarb. e. R. en W.*, IX, bl. 319 en v. Onder het Fransche regt kon men zich ook op den regel „res perit domino" beroepen; zie *C. N. et Mot.*, bl. 17. Verg. DURANTON, X, n. 421. — (4) DURANTON, X, n. 421.

is, kan zij ook niet voor rekening van den schuldeischer zijn. Er is voorts eene werkelijke verbindtenis noodig; zoolang er nog maar eene voorloopige afspraak bestaat, die geene overeenkomst is in den zin der wet, zoolang nog slechts een derde zich sterk gemaakt heeft, dat een ander eene bepaalde zaak voor een bepaalden prijs zal verkoopen, zonder dat daaraan verder gevolg is gegeven, bestaat er nog geene verbindtenis, waardoor de zaak voor rekening van eenen schuldeischer komt (1). En zoo bepaalt ook art. 1300 *a* B. W., dat, indien de verbindtenis van eene opschortende voorwaarde afhangt, de zaak, die er het onderwerp van uitmaakt, voor rekening blijft van den schuldenaar, die slechts verbonden is om haar te leveren, wanneer de voorwaarde vervuld is.

55. Maar de zaak is dan ook voor rekening van den schuldeischer van het oogenblik der verbindtenis ,d. .i van het oogenblik, waarop deze is tot stand gekomen. Art. 1138 C. N. zegt: dès l'instant où elle (de zaak) a dû être livrée. De uitdrukking onzer wet is intusschen ongetwijfeld juister dan die der Fransche, terwijl ook deze in gelijken zin werd opgevat (2). Op zich zelve toch leidt deze er veelmeer toe om aan te nemen, dat, wanneer er een tijd bepaald is, waarop de zaak geleverd moet worden, deze eerst van dien tijd af voor rekening van den schuldeischer komt; en, volgens art. 1304 B. W., schort evenwel eene tijdsbepaling, die altijd verondersteld wordt ten voordeele van den schuldenaar gemaakt te zijn, de verbindtenis niet op. De bepaling zou anders ook in strijd zijn met hetgeen art. 1138 C. N., even als art. 1273 B. W., bepaalt, dat bij nalatigheid van den schuldenaar, d. i. wanneer hij in gebreke is om de zaak te leveren, deze van het oogenblik der nalatigheid voor rekening van den schuldenaar is.

56. Dat de zaak voor rekening van den schuldeischer is, ontneemt niets aan de kracht der bepaling van art. 1271 *a* B. W., volgens welke de schuldenaar verpligt is tot op het tijdstip der levering voor het behoud der zaak als een goed huisvader te zorgen. Art. 1273 B. W. ontheft hem van deze verpligting niet, noch van die tot schadevergoeding in het geval van art. 1272; alleen wanneer de zaak door toeval of overmagt te niet gaat of in waarde vermindert, zonder dat de schuldenaar daarvoor heeft kunnen of behoeven te waken, is het de schuldeischer, die de schade dragen moet.

57. Het is dan ook alleen dit gevaar, dat, volgens art. 1273 B. W., bij nalatigheid van den schuldenaar om de zaak te leveren, voor zijne rekening komt en alzoo wordt toegevoegd bij de verpligting, om voor het behoud der zaak te blijven waken, niet tot op den tijd,

---

(1) DURANTON, X, n. 433. — (2) DURANTON, X, n. 420.

waarop geleverd worden moest, maar waarop geleverd wordt. De schuldenaar is dus in geval van nalatigheid ook verantwoordelijk wegens toeval en overmagt, of liever hij wordt ook daardoor niet van zijne verbindtenis ontheven, maar is nu, voor zoo ver hij door zijne nalatigheid in de onmogelijkheid is gesteld om de zaak in behoorlijken staat te leveren, jegens den schuldeischer tot vergoeding van kosten, schaden en interessen gehouden.

58. Verschillend wordt er gedacht over de vraag, of, wanneer eene zaak, die voor rekening van den schuldeischer was, te niet gaat zonder eenige nalatigheid van den schuldenaar, gene evenwel aan zijne verpligtingen jegens dezen gehouden blijft, dan of hij alleen zijne aanspraak verliest op kosten, schaden en interessen. Ten aanzien van koop en verkoop wordt deze vraag in art. 1496 B. W. in eerstgenoemden zin beslist; de verkooper heeft het regt den prijs te vorderen. Geheel iets anders wordt echter in art. 1581 B. W. omtrent ruiling vastgesteld; de verbindtenis wordt voor vervallen gehouden, en degene, die van zijne zijde aan de overeenkomst voldaan heeft, kan zelfs de teruggave vorderen van het in ruiling gegeven goed. Dat er weinig overeenstemming tusschen deze beide bepalingen bestaat, is ook bij de beraadslagingen opgemerkt, zonder echter, naar het schijnt, tot eene nadere verklaring geleid te hebben (1). Wat nu hiervan zij ten aanzien van verbindtenissen, omtrent welke de wet, die ook in art. 1480 B. W. de zaak niet beslist, heeft gezwegen, moet zoo mogelijk uit de bepalingen van dezen titel worden afgeleid. En dan vinden wij niets, wat aanleiding geeft, om hetgeen ten aanzien van ruiling is bepaald als algemeen geldend te beschouwen. Ook de bepaling van art. 1302 *a* B.W. is hier van geene toepassing, omdat hier de eene partij niet gezegd kan worden aan hare verpligting niet te voldoen, daar hare verpligting te niet gegaan is door den ondergang der zaak. Art. 1273 W. B. geeft even weinig aanleiding tot zoodanige stelling, maar beslis veelmeer de zaak in tegenovergestelden zin, door eenvoudig te zeggen, dat de bepaalde zaak voor rekening van den schuldeischer is. Zij zou niet gezegd kunnen worden dit te zijn, wanneer hij, aan wie de zaak geleverd moet worden, haar alleen moest missen, maar dan ook zelf van alle verpligting vrij was, alsof er nooit eene verbindteni bestaan had. De voordeelen kunnende genieten, die deze door eene vermeerdering van de waarde der zaak voor hem zou kunnen opleveren moet hij ook de nadeelen ondervinden. En in allen gevalle is nergens bepaald, dat bij wederkeerige verbindtenissen de verpligting des eenen met die des anderen te niet gaat; in tegendeel gaat dit ten

(1) VOORDUIN, V, bl. 197 en v. Naar den C. N. gold bij ruiling hetzelfde als bij koop en verkoop.

aanzien van de meeste wijzen, waarop zulks volgens art. 1417 B. W. geschiedt, zonder eenigen twijfel niet op (1).

59. Intusschen geldt dit alleen, waar de verbindtenis strekt tot het geven eener bepaalde zaak zelve (2); waar iemand alleen aanspraak heeft op het gebruik eener zaak, die hem tot dat einde moet worden overgegeven, is deze niet voor zijne rekening, en hij, zoo hij dat gebruik niet bekomt, ook niet gehouden tot voldoening van hetgeen hij daarvoor zou verschuldigd zijn. Misschien heeft men dit ook wel door de uitdrukking: »eene bepaalde zaak", willen te kennen geven, en is dit mede de reden, waarom die uitdrukking hier meer dan in art. 1271 is gebezigd. Vanhier dat, volgens art. 1589 B. W., indien gedurende den huurtijd het verhuurde goed door eenig toeval geheel en al vergaan is, de huur-overeenkomst, en dus ook de voor beide partijen daaruit ontstane verbindtenis, van regtswege vervalt; terwijl het niet twijfelachtig wezen kan, dat hetzelfde ook dan geldt, wanneer het goed vergaat vóór den aanvang van den huurtijd. Zoo gaat ook, volgens art. 765 en 783 B. W., door het te niet gaan van den grond het geheele regt van opstal en dat van erfpacht verloren, en dus ook de verpligtingen aan beide zijden daaruit voortspruitende.

60. Wat zaken betreft, die alleen ten aanzien der soort bepaald zijn, wij zagen, dat art. 1273 B. W. daarbij geene toepassing vinden kan. Ook de bepaling van art. 1272 B. W. komt hier minder te pas (3). De verpligting tot levering van zoodanige zaak in behoorlijken staat bestaat echter ook hier; maar de verbindtenis om te geven neemt hier in zekeren zin het karakter aan van die om iets te doen, omdat eene niet vooraf bepaalde zaak slechts door de daad des schuldenaars op den schuldeischer kan overgaan; zij kan zich daarom in vergoeding van kosten, schaden en interessen oplossen, behoudens de bevoegdheid van den schuldeischer, om, waar dit geschieden kan, de verbindtenis, overeenkomstig art. 1277 B. W., ten laste van den schuldenaar te doen uitvoeren (4).

61. Er zijn voorts verbindtenissen, die den schuldenaar, behalve tot levering en zorg voor behoud, ook tot vrijwaring verpligten wegens de geleverde zaak. Dit is intusschen slechts aan bepaalde verbindtenissen, als koop en verkoop, huur en verhuur enz., eigen, maar aan de meesten vreemd, en behoefde dus hier geene vermelding in de wet.

---

(1) Verg. DURANTON, X, n. 422; OPZOOMER, II, bl. 240 en v.; dr. C. W. WOLFF, *Zur Lehre von der Mora* (Göttingen 1841), bl. 129—138. — (2) OPZOOMER, II, bl. 239 en v. — (3) Verg. Amsterdam 10 Dec. 1847, *W.* 944. — (4) Verg. ZACHARIAE, I, § 299, bl. 305 en n. 5.

AFDEELING III.

Van verbindtenissen om iets te doen of niet te doen.

§ 6.

Van verbindtenissen om iets te doen.

62. Even als over zaken kan men ook over het doen of nalaten van iets eene verbindtenis aangaan; in zoo verre zijn ook de daden der menschen in den handel. De verbindtenis om iets te doen heeft echter niet eene even bepaalde kracht; hare werkelijke vervulling is minder zeker dan die der verbindtenis om iets te geven. Het is toch veelal geheel onmogelijk, iemand regtstreeks tot het verrigten eener bepaalde daad te noodzaken, en men heeft bij ons, uit eerbied voor de individuële vrijheid, den schuldenaar ook niet in het algemeen, door lijfsdwang of andere dergelijke dwangmiddelen, middellijk tot de werkelijke vervulling eener verbindtenis om iets te doen willen dwingen; nemo praecise cogi potest ad factum. Art. 1275 zegt daarom: »alle verbindtenissen om iets te doen, of niet te doen, worden opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interessen, in geval de schuldenaar niet aan zijne verpligting voldoet" (1).

63. Wel kan ook bij ons in sommige bepaalde gevallen, waarin zulks bijzonder noodig was, voor eene verbindtenis om iets te doen het middel van lijfsdwang worden toegepast, om den schuldenaar tot de vervulling te bewegen, gelijk uit art. 585 en v. W. v. B. R. blijkt, en zijn er evenzeer gevallen, waarin andere dwangmiddelen geoorloofd zijn, gelijk de inbeslagneming der goederen van eenen rekenpligtige, waarvan art. 772 W. v. B. R. spreekt. Doch niet alleen geldt dit niet van alle verbindtenissen om iets te doen, maar ook die, voor wier vervulling zulk een dwangmiddel kan worden aangewend, moeten toch ten slotte in eene vergoeding van kosten, schaden en interessen worden opgelost, wanneer de schuldenaar ook desniettegenstaande niet aan die verpligting voldoet (2).

64. De verbindtenissen lossen zich op in vergoeding van kosten, schaden en interessen. Dit belet niet, dat men de vervulling der

---

(1) POTHIER, n. 157; TOULLIER, VI, n. 216 en v.; DURANTON, X, n. 453; ZACHARIAE, I, § 299, bl. 304 en n. 4; VOORDUIN, V, bl. 20; DE PINTO, II, § 680, bl. 346 en v.; 3e uitg. § 730, bl. 438 en v. — In Pruissen en Hannover bestaan geheel andere bepalingen. — (2) SCHÜLLER ziet eene beperking van de algemeenheid van dit art. in hetgeen art. 113 B. W. omtrent trouwbeloften bepaalt; hieruit blijkt echter, dat uit trouwbeloften in het algemeen geene verbindtenis geboren wordt.

verbindtenis ook in regten van den schuldenaar vorderen kan, maar ook zijne veroordeeling tot datgene, waartoe hij verpligt is, kan slechts op die wijze ten uitvoer worden gelegd. Waarin die vergoeding van kosten, schaden en interessen bestaat, zullen wij nader zien bij de behandeling der volgende afdeeling. Hier zij slechts aangemerkt, dat overeenkomstig art. 1275 B. W. van den schuldenaar kan gevorderd worden, dat zijne niet-voldoening aan de verbindtenis dengene, jegens wien hij verbonden was, geen nadeel veroorzake. Hierdoor is ook voor het belang van dezen genoegzaam gezorgd, en zeker niet te veel gevorderd van hem, die wettig verbonden was.

65. Uit het gezegde volgt, dat de verbindtenis om iets te doen door de bepaling van art. 1275 B. W. niet van aard en strekking verandert, maar blijft wat zij is. De schuldenaar kan zich dan ook niet van de verbindtenis ontslaan door eene als schadevergoeding voldoende som aan te bieden en in geregtelijke bewaring te stellen. Die vergoeding toch is niet het voorwerp der verbindtenis; maar komt alleen als surrogaat te pas. De verbindtenis blijft dus enkelvoudig en wordt daardoor niet alternatief. Vanhier dat de schuldenaar ook, volgens art. 1281 B. W., niets verschuldigd is, zoo hij door overmagt of toeval verhinderd is te doen, wat hij moest doen, en dat hij daardoor niet overeenkomstig art. 1311 B. W. zuiver verpligt wordt tot de vergoeding (1).

66. Ook de schuldeischer kan niet naar goedvinding vergoeding in plaats van de nakoming der verbindtenis vorderen. Dat die nakoming gedurende eenigen tijd uitblijft, geeft hem zelfs daartoe nog geen regt, omdat zulks geen bewijs is, dat de verbindtenis werkelijk niet nagekomen zal worden, en omdat, zoolang er geen sprake van niet-vervulling kan zijn, ook geen surrogaat voor die vervulling te pas komt. De schuldenaar moet dus eerst ten aanzien zijner verbindtenis in gebreke zijn, alvorens de schuldeischer die vergoeding vragen kan (2).

67. En hieruit volgt dan ook, dat de bepaling van art. 1275 B. W. zeer goed in overeenstemming is met die van art. 1277 B. W., volgens welke de schuldeischer, in geval de verbindtenis niet ten uitvoer wordt gebragt, ook door den regter gemagtigd kan worden om zelf haar te doen uitvoeren ten koste van den schuldenaar. NICOLAÏ (3) stelde deze bepaling voor, als eene door de omstandigheden geregtvaardigde uitzondering. Maar daar de schuldenaar verpligt is te doen, wat de verbindtenis van hem vordert, en de schuldeischer regtmatige aanspraak heeft dat zulks werkelijk geschiede, neemt de onmoge-

---

(1) DURANTON, X, n. 458 en v.; ZACHARIAE, I, § 299, bl. 304 en n. 5. — (2) POTHIER, n. 146. — (3) VOORDUIN, V, bl. 20 en v.

lijkheid om den schuldenaar zijne verpligting werkelijk te doen vervullen niet weg, dat, wanneer de schuldeischer op andere wijze de verbindtenis kan doen uitvoeren, of liever, hetgeen geschieden moet, zelf kan laten doen, het regt daartoe hem door den schuldenaar niet kan worden betwist (1). Art. 1275 en 1277 B. W. strekken dus tezamen tot regeling van het onderwerp.

68. De schuldeischer kan natuurlijk, hetgeen hij verrigt wenscht te hebben, en hetgeen volgens de verbindtenis verrigt moest worden, veelal ook zonder eenige magtiging door een' ander laten verrigten (2), behoudens zijne vordering tot vergoeding van kosten, schaden en interessen tegen den schuldenaar volgens art. 1275. In dat geval geschiedt zulks echter niet, althans niet regtstreeks, ten koste van den schuldenaar. Hiertoe is, behalve dat de verbindtenis van dien aard moet zijn, dat door een' ander kan worden gedaan, hetgeen de schuldenaar doen moest, eene magtiging noodig. Deze bekomen hebbende, heeft de schuldeischer alleen te zorgen, dat hij geene noodelooze en te groote kosten aanwende; hij is in zekeren zin de negotiorum gestor van den schuldenaar, die de door hem in diens naam aangegane verbindtenissen, volgens art. 1393 B. W., moet nakomen, en wiens verbindtenis om iets te doen daardoor veranderd is in eene om te geven. De schuldeischer kan op die wijze tevens gemagtigd worden, om b. v. eenig werk te laten verrigten of stellen op den grond des schuldenaars, wanneer ook dit tot de verbindtenis behoorde; art. 1277 toch onderscheidt niet, maar zegt in het algemeen, dat hij gemagtigd kan worden om de verbindtenis te doen uitvoeren.

69. Die magtiging moet, blijkens art. 1276 B. W., door den regter verleend worden, en wel door de arrondissements-regtbank, als den gewonen regter. Men schijnt hier niet bij wijze van verzoekschrift te kunnen procederen, maar den schuldenaar te moeten dagvaarden, om de magtiging te hooren verleenen (3). Deze kan ook dan nog niet met een aanbod van schadevergoeding volstaan, maar het verleenen der magtiging alleen voorkomen door zelf nog aan de verbindtenis gevolg te geven, en dus zelf te doen, wat men anders te zijnen koste wil laten doen, waartoe hem ook nu nog de bevoegdheid niet ontzegd kan worden (4).

70. Wij hebben hierboven gezien, dat bij eene verbindtenis, om eene bepaalde zaak te geven, deze in den regel voor rekening van den schuldeischer is, die verpligt blijft zijnerzijds aan de verbindteuis te voldoen, ook wanneer de zaak vergaat. Dit geldt niet bij eene verbindtenis om iets te doen. Wanneer deze op de in art. 1275

(1) Verg. DURANTON, X, n. 460; TOULLIER, VI, n. 218; *C. N. et Mot.*, V, bl. 19, 114. — (2) DURANTON, X, n. 461. — (3) DURANTON, X, n. 462. — (4) TOULLIER, VI, n. 219.

gemelde wijze wordt ten uitvoer gelegd, behoeft de schuldeischer niets te voldoen van hetgeen hij anders zou hebben moeten voldoen. Hier is niets voor zijne rekening gesteld, en kon dit ook niet geschieden, daar ook de regel: nostrum est quod nobis debetur, hier niet zoodanig van toepassing is. Hetgeen de schuldeischer verpligt zal zijn te geven of te doen, is slechts het loon voor hetgeen aan zijde van den ander wezenlijk wordt gedaan; geschiedt dit niet, zoo verliest hij dit loon en is bovendien nog verpligt tot vergoeding van kosten, schaden en interessen (1).

§ 7.

Van de verbindtenissen om iets niet te doen.

71. Even als de verbindtenissen om iets te doen, lossen, volgens art. 1265 B. W., ook die, om iets niet te doen, zich op in vergoeding van kosten, schaden en interessen. De noodzakelijkheid daarvan valt hier zelfs nog te meer in het oog; daar, wanneer een schuldenaar doet hetgeen hij niet mag doen, in het algemeen niet ongedaan gemaakt kan worden wat eenmaal werkelijk is geschied, en dus de wezenlijke nakoming der verbindtenis niet meer kan gevorderd worden. Ook hier geldt daarom alles, wat wij ten aanzien der verbindtenissen om iets te doen, omtrent die vergoeding in betrekking tot de verbindtenis gezegd hebben.

72. De schuldenaar, die handelt tegen eene verbindtenis om iets niet te doen, is, volgens art. 1278 B. W., uit hoofde van die overtreding alleen, tot vergoeding van kosten, schaden en interessen gehouden. Er behoeft niets meer vooraf te geschieden, omdat nu niet alleen de verbindtenis niet nagekomen, maar reeds werkelijk tegen haar gehandeld is (2). Er is ook van den kant van den schuldenaar niets meer noodig dan de enkele handeling tegen de verbindtenis. Niet alleen behoeft hem geen kwaad opzet te wijten te zijn, het is even weinig noodig, dat er eenige schuld aan zijnen kant bestaat, want ook de erfgenaam van hem, die eene verbindtenis om iets niet te doen heeft aangegaan, is tot vergoeding gehouden, al heeft hij ook tegen die verbindtenis gehandeld, omdat hij haar niet kende. Hij is alleen vrij van alle aansprakelijkheid, wanneer de handeling tegen de verbindtenis een gevolg is van eenig toeval of van overmagt.

73. De schuldeischer kan ook, volgens art. 1276 B. W., de vernietiging vorderen van hetgeen strijdig met de verbindtenis verrigt is, en hij kan zich door den regter doen magtigen om, ten koste van den schuldenaar, het gedane te vernietigen, opdat het hem verder niet

(1) Verg. DURANTON, X, n. 469. — (2) DE PINTO, II, § 680, bl. 348; 3e uitg. § 732, bl. 440.

hindere. Natuurlijk moet ook de eerstbedoelde vernietiging voor den regter gevorderd worden, tegen den schuldenaar, die, door de verbindtenis om iets niet te doen niet na te komen, nu verbonden is om iets te doen. Daar hij echter ook hier niet bepaald tot die vernietiging kan genoodzaakt worden (1), zal de schuldeischer, ofschoon art. 1276 B. W. hem eene alternatieve bevoegdheid schijnt te geven, best doen met tegenover den schuldenaar alleen de vernietiging te vorderen, maar tevens de bedoelde magtiging te vragen, voor het geval dat de schuldenaar het gemaakte niet binnen zekeren tijd zal hebben vernietigd (2).

74. Het staat in het algemeen aan den schuldeischer, of hij gebruik verkiest te maken van hetgeen art. 1275 of hetgeen art. 1276 hem aan de hand geeft (3). De wet spreekt hier zoo algemeen, dat de regter geacht moet worden onbepaald verpligt te zijn, eene vordering van den schuldeischer tot vernietiging toe te wijzen, zonder dat hij in plaats daarvan eenvoudig art. 1275 B. W. kan toepassen, op grond dat de omstandigheden het eerste voor den schuldenaar al te hard zouden doen zijn, en de schuldeischer die vernietiging niet volstrekt behoeft. De regter beoordeelt de verbindtenis zoo als die ligt, niet hare doelmatigheid, hij kan haar niet wijzigen (4).

75. De schuldeischer kan, volgens art. 1276 B. W., vernietiging vorderen en zich daartoe doen magtigen, onverminderd de vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden zijn. Het spreekt van zelf, dat hier andere kosten, schaden en interessen bedoeld zijn dan in art. 1275 B. W. De schuldeischer moet geen nadeel lijden, en voor zoo verre hij dit niettegenstaande de vernietiging nog zou blijven lijden, of reeds geleden hebben mogt, moet hem ook dit vergoed worden. De slotwoorden: indien daartoe gronden zijn, maken die vergoeding niet alleen afhankelijk van de vraag, of er werkelijk nadeel is geleden of niet (5), maar laten den regter ook een oordeel vrij over de omstandigheden, waaronder de handeling in strijd met de verbindtenis heeft plaats gehad.

---

(1) MARCADÉ, IV, n. 512. — (2) Verg. POTHIER, n. 158. — (3) TOULLIER, VI, n. 218. — (4) Verg. OPZOOMER, II, bl. 252 en v. Anders in de 1e uitg. en ZACHARIAE, I, § 297, bl. 305, n. 1. — (5) Verg. OPZOOMER, II, bl. 249 en v.

AFDEELING IV.

Van de vergoeding van kosten, schaden en interessen, voortspruitende uit het niet-nakomen eener verbindtenis.

§ 8.

Van nalatigheid of het in gebreke zijn.

76. Vergoeding van kosten, schaden en interessen, voortspruitende uit het niet nakomen eener verbindtenis — en met deze hebben wij, blijkens het opschrift der afdeeling en art. 1279 B. W., hier alleen te doen, niet met die wegens onregtmatige daden (1), — is, volgens dit artikel, dan eerst verschuldigd, wanneer de schuldenaar nalatig en in gebreke is. Wij hebben ook reeds gezien, dat, volgens art. 1273 B. W., de verschuldigde zaak, van het oogenblik der nalatigheid van den schuldenaar om haar te leveren, voor zijne rekening is. Ofschoon in die artikelen verschillende gevolgen der nalatigheid worden voorgesteld, is deze echter in beide gevallen dezelfde; en wij zullen daarom te dezer plaatse haar nader beschouwen. Wij bepalen ons daarbij tot de nalatigheid van den schuldenaar; later zal er gelegenheid zijn, over de nalatigheid van den schuldeischer te spreken (2).

77. Over het algemeen is de schuldenaar door en sedert het bestaan eener verbindtenis tot hare nakoming verpligt, en kan hij gezegd worden hierin traag en nalatig te zijn, zoolang hij het werkelijk verschuldigde niet voldoet. In den regel heeft hij echter daarbij ook eenige ruimte, hetzij tot een bepaalden tijd, hetzij tot eene aanmaning van den schuldeischer, aan welke, zoo zij niet ontijdig geschiedt, door hem voldaan moet worden, omdat de schuldeischer, zonder uitdrukkelijke bepaling van het tegendeel, sedert het bestaan der verbindtenis geregtigd is hare nakoming te vorderen. Voldoet de schuldenaar ook dan niet aan zijne verpligting, zoo wordt hij in den zin der wet gezegd nalatig of in gebreke te zijn. Men kan de nalatigheid bepalen als het ongeoorloofd verzuim van den schuldenaar in de nakoming der verbindtenis (3).

78. Art. 1279 B. W. zegt, dat de vergoeding verschuldigd is, »wanneer de schuldenaar, na in gebreke te zijn gesteld, nalatig blijft

---

(1) Verg. S. M., in *R. B.*, IX, bl. 746—752, en vooral hetgeen daartegen is geschreven door M. DES AM. V. D. HOEVEN, in *R. B.*, X, bl. 79 en v. — (2) Verg. hierover dr. C. W. WOLFF, *Zur Lehre von der Mora* (Gött. 1841), bl. 213 en v., 405—440, 481—497; mr. C. VAN BELL, in *Themis*, 2°, I, bl. 446—473. — (3) Verg. TOULLIER, VI, n. 241 en v.; F. A. MEES, *Diss. cont. obs. de mora* (Gron. 1842), bl. 4 en v.; C. C. A. BEENS, *De mora* (Leyden 1840), bl. 1—3.

om de verbindtenis te vervullen, of indien hetgeen de schuldenaar verpligt was te geven of te doen, slechts kon gegeven of gedaan worden binnen zekeren tijd, welken hij heeft laten voorbijgaan." Art. 1274 B. W. zegt, dat »de schuldenaar wordt in gebreke gesteld, hetzij door een bevel of andere soortgelijke akte, hetzij uit krachte der verbindtenis zelve, wanneer deze medebrengt, dat de schuldenaar in gebreke zal zijn door het enkel verloop van den bepaalden termijn." Het ware zeker doelmatiger geweest, zoo daarover in maar ééne bepaling gesproken was; dan ware er geen verschil te vreezen geweest in de redactie, die nu wel geen wezenlijken strijd veroorzaakt, maar toch eene duidelijke voorstelling meer tegenwerkt dan bevordert. Dat overigens beide artikelen in verschillende afdeelingen staan, doet niets ter zake, en belet niet, dat beide tezamen ons onderwerp regelen (1).

79. De wet vordert tot het begrip van nalatigheid of het in gebreke zijn geen arglist of opzet, en zelfs geene achteloosheid, die men den schuldenaar te laste kan leggen. Wel maakt onze wetgever in art. 1283 en 1284 B. W. onderscheid, of hem arglist te wijten is of niet; wel heeft ook de nalatigheid geene gevolgen ten nadeele van den schuldenaar, wanneer zij door overmagt of toeval veroorzaakt is, maar dit ziet alleen op de gevolgen. Tot het in gebreke zijn wordt alleen gevorderd, dat men verzuimd heeft aan de verbindtenis te voldoen op den tijd, waarop men zulks niet meer mogt uitstellen. Dit vindt ook dan zijne toepassing, wanneer de schuldenaar, b. v. de erfgenaam van den oorspronkelijk verbondene, den tijd, waarop hij bepaaldelijk tot voldoening verpligt was, niet kende.

80. Men kan op twee verschillende wijzen in gebreke zijn, óf uit kracht der verbindtenis zelve, óf ten gevolge eener ingebrekestelling door den schuldeischer. De eerste wordt wel mora ex re, de andere mora ex persona genoemd (2). In het wezen der zaak is het onverschillig, op welke wijze men in gebreke is, men is dit in beide gevallen, en met dezelfde gevolgen; maar toch de wijze, waarop men het wordt, is verschillend. Die verschillende wijzen worden ook door onze wet aangeduid, hoezeer dan, naar het schijnt, niet volkomen juist. Volgens art. 1274 B. W. toch wordt men op twee verschillende wijzen in gebreke *gesteld*, terwijl evenwel hij, die, uit kracht der verbindtenis in gebreke is, niet in gebreke gesteld wordt, en het art. dit ook zelf te kennen geeft in de woorden: »dat de schuldenaar in gebreke zal *zijn*." En zoo men art. 1279 B. W. met art. 1274 in verband beschouwt, zou men op het vermoeden kunnen komen, dat bij de ingebrekestelling, waarvan het spreekt, weder aan de

(1) Verg, TOULLIER, VI, n. 246; ZACHARIAE, I, § 308, bl. 320, n. 5; MARCADÉ, IV, n. 515. — (2) MEES, bl. 8; BEENS, bl. 4.

beide in art. 1274 bedoelde wijzen gedacht moet worden, en er bovendien nog eene andere omstandigheid is, die ook daartoe gebragt, waaraan althans hetzelfde gevolg gehecht moet worden (1).

81. De schuldenaar kan dan, volgens art. 1274 B. W., in gebreke zijn uit kracht der verbindtenis zelve, wanneer deze medebrengt, dat hij in gebreke zal zijn door het enkel verloop van den bepaalden ermijn. Dan geldt het wat men zegt: dies interpellat pro homine. Het gezegde geldt voor alle verbindtenissen, onverschillig of ze strekken om iets te geven of te doen, en hetzij ze uit overeenkomst of uit de wet ontstaan; onze wet spreekt van *verbindtenis*, waar art. 1139 C. N. het woord *convention* heeft, 't welk wel in de officiële uitgave met »verbindtenis" was vertaald, maar waarvoor evenwel in eene vroegere redactie van onzen titel het woord *overeenkomst* was gebezigd, hetwelk later door *verbindtenis* is vervangen (2). De verbindtenis kan het bedoelde gevolg op verschillende wijzen medebrengen.

82. Vooreerst kan een schuldenaar ten gevolge eener bepaling der wet, geacht worden in gebreke te zijn, zoodat de daaraan verbondene gevolgen te zijnen laste komen. Wij vinden daarvan voorbeelden in hetgeen art. 449 en 471 B. W. bepalen ten aanzien van den voogd; in het voorschrift van art. 634 omtrent den bezitter te kwader trouw; in de bepaling van art. 1398 B. W. omtrent hem, die te kwader trouw ontvangen heeft, wat hem niet verschuldigd was; in die van art. 1663 omtrent vennooten, en van art. 1842 B. W. omtrent lasthebbers (3).

83. In de tweede plaats kan de verbindtenis zulks medebrengen, zonder dat óf de wet óf de overeenkomst het uitdrukkelijk bepaalt, wanneer, gelijk art. 1279 B. W. dit uitdrukt, hetgeen de schuldenaar verpligt was te geven of te doen, slechts kon gegeven of gedaan worden binnen zekeren tijd, welken hij heeft laten voorbijgaan. Daar de schuldenaar nu niet meer aan de verbindtenis kan voldoen, heeft hij den tijd, waarin hij dit kon, laten voorbijgaan, wat hij niet mogt doen, en is dus in gebreke uit kracht der verbindtenis zelve. Dit geldt niet alleen dan, wanneer eene latere nakoming der verbindtenis volstrekt onmogelijk is, maar ook wanneer daardoor het doel, dat

(1) Dit schijnt werkelijk de opvatting te zijn van OPZOOMER, II, bl. 246. — (2) VOORDUIN, V, bl. 16 en v., 20; DE PINTO, II, § 679, bl. 344 en v.; 3e uitg, § 729, bl. 435 en v.; SCHÜLLER, op art. 1274 B. W. OPZOOMER, II, bl. 247 en v., beweert, »dat het woord *verbindtenis* bij vergissing in dit art. is ingeslopen"; het gezegde toont echter in allen gevalle, dat het opzettelijk is gebezigd. — (3) Verg. DURANTON, X, n. 464; BEENS, bl. 27 en v. De bewering van OPZOOMER, II, bl. 246, n. 1, dat die artt. hier niet in aanmerking kunnen komen, kan kwalijk gegrond zijn, wanneer men, met ons, art. 1274 op alle verbindtenissen tocpasselijk acht.

met de verbindtenis beoogd werd, niet meer kan worden bereikt, de omstandigheden veranderd of de zaken niet meer in haar geheel zijn, b. v. wanneer iemand waren koopt met de uitgedrukte bedoeling om die op eene bepaalde markt te verkoopen. Hier vooral is het meer eene quaestio facti dan juris, waarbij naar de omstandigheden veel aan den regter ter beoordeeling is overgelaten (1).

84. Ten derde kan de verbindtenis zulks medebrengen ten gevolge eener uitdrukkelijke bepaling in de overeenkomst. Het is daarbij niet noodig, dat juist een bepaalde termijn uitdrukkelijk zij genoemd, wanneer die maar uit de omstandigheden zijne nadere bepaling erlangen kan (2). Naar het Fransche regt werd het niet volkomen zeker geacht, hoedanig eene overeenkomst moest zijn gesteld, om aan de bedoeling van art. 1139 C. N. te voldoen, en of de woorden van dat artikel ook in de overeenkomst behoorden te worden opgenomen. Door het stellen van het woord *verbindtenis* in plaats van *overeenkomst* is het bij ons niet twijfelachtig, dat het geheel onverschillig is, in welke bewoordingen partijen hare bedoeling hebben uitgedrukt, wanneer die bedoeling maar uit de overeenkomst blijkt (3).

85. Het is er intusschen verre af, dat elke aan de overeenkomst verbondene tijdsbepaling van dien aard zou zijn, dat de schuldenaar na verloop van den bepaalden tijd noodwendig in gebreke is. Art. 1274 B. W. zelf schijnt dit aan te duiden; en de gewone strekking der tijdsbepaling, om namelijk de uitvoering der verbindtenis op te schorten, maakt wel, dat hare voldoening vroeger óf niet gevorderd óf niet aangeboden kan worden, maar belet geene latere voldoening. Door niet op den bepaalden tijd te voldoen, is dus de schuldenaar even weinig in gebreke, als hij dit zonder tijdsbepaling van het oogenblik der verbindtenis is. Dit geldt niet alleen, wanneer de tijdsbepaling in het belang van den schuldenaar, maar ook wanneer zij in het

(1) DURANTON, X, n. 465 en v.; DE PINTO, II, § 682, bl. 347; 3e uitg. § 732, bl. 439; BEENS, bl. 25 en v.; MEES, bl. 10, 13 en v. — (2) SCHÜLLER, op art. 1274 B. W. — (3) Verg. DE PINTO, II, § 679, bl. 344 en v.; 3e uitg. § 729, bl. 435 en v.; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1274 B. W. Verg. TOULLIER, VI, n. 249; DURANTON, X, n. 441; ZACHARIAE, I, § 308, bl. 320 en n. 8. — Hoe OPZOOMER, II, bl. 247, n. 1, kon zeggen, dat de laatste woorden hier de voorgaande vernietigen, is mij niet duidelijk. Hij keurt de woorden *verbindtenis* en *medebrengt* beide af; het laatste is, volgens hem, bl. 245 en v., eene ongelukkige vertaling van het Fransche *porte*. Maar dit was in de officiële uitgave geheel in zijn' geest vertaald door *inhoudt*. Wanneer nu evenwel onze wetgever spreekt van eene *verbindtenis*, die *medebrengt*, dan zal men, waar de jure constituto sprake is, zich wel aan die woorden behooren te houden, maar dan is de redenering ook niet ongepast, dat het op geen bepaalde uitdrukkingen aankomt, wanneer maar de bedoeling uit de overeenkomst blijkt, daar het nu niet meer noodig is, dat »de overeenkomst inhoudt," maar enkel dat de verbindtenis medebrengt, dat enz.

voordeel van den schuldeischer is bijgevoegd, behoudens de bevoegdheid van dezen om op den bepaalden tijd den schuldenaar in gebreke te stellen. Dat dezen de tijdsbepaling niet onbekend kon zijn, doet niets af, daar hij evenzeer in gewone gevallen weet, dat hij sedert het ontstaan der verbindtenis tot voldoening verpligt is. Het tegendeel heeft plaats, waar aan de niet-voldoening binnen den bepaalden tijd eenige strafbepaling verbonden is, of de tijdsbepaling op andere wijze blijkbaar eene zoodanige strekking heeft, dat de schuldenaar na verloop daarvan in gebreke moet zijn (1).

86. In allen gevalle moet voorts de nalatigheid aan den schuldenaar te wijten zijn, zoo deze in gebreke zal zijn. Wij hebben reeds gezien, dat opzet of achteloosheid niet noodig is tot het begrip; maar de schuldenaar kan niet gezegd worden in gebreke te zijn, wanneer hem door den schuldeischer de gelegenheid is onthouden om aan zijne verbindtenis te voldoen. Wanneer b.v. de voldoening moet plaats hebben ten huize van den schuldenaar, en de schuldeischer zich noch zelf, noch bij gemagtigde aldaar vervoegt om betaling te erlangen, bestaat er geen verzuim aan zijde van den schuldenaar, zoolang de schuldeicher niet verschenen is. De eerstgenoemde toch behoeft nergens anders te voldoen, en men kan dus ook niet van hem vorderen, dat hij het verschuldigde op eene andere plaats aan den schuldeischer aanbiede (2)

87. Wanneer de schuldenaar niet krachtens de verbindtenis in gebreke is, kan hij in gebreke worden gesteld. In het algemeen moet de schuldenaar voldoen zoodra de voldoening van hem gevorderd wordt, en is hij daarom, wanneer hij zulks niet doet, in gebreke, omdat hij verzuimde aan de verbindtenis te voldoen op den tijd, waarop hij dit niet mogt nalaten. Hier is eenige handeling van den schuldeischer, eene aanmaning, noodig (3), en wordt alzoo de schuldenaar in gebreke *gesteld.* Dit geschiedt, volgens art. 1274 B. W., door een bevel of andere soortgelijke, d. i. tot hetzelfde doel leidende (4), akte. Er is dus altoos eene akte noodig, als bewijs der aanmaning aan den schuldenaar tot voldoening, onverschillig of het eene gewone sommatie (5) of eene dagvaarding (6) of eenige andere, hetzij geregtelijke, hetzij buitengeregtelijke akte zij, b. v. eene akte, waarin de schuldenaar

(1) De pinto, II, § 679, bl. 345; 3e uitg. § 729, bl. 436 en v.; beens, bl. 17—24; mr. a. a. weve, in *Themis*, 2°, V, bl. 37—42. — (2) Duranton, X, n. 466. — (3) Voorduin, IV, bl. 21 en v. – (4) Opzoomer, II, bl. 244 en v. — (5) Onze wetgever heeft het woord *sommation* van art. 1139 C. N. hier eveneens vertaald door *bevel*, als in art. 539 en 502 W. v. B. R. het Fransche *commandement.* Het spreekt echter van zelf, dat men bij art. 1274 B. W. juist niet bepaald aan zoodanig, bij tenuitvoerleggingen vereischt, bevel te denken heeft. — (6) Verg. Amsterdam 14 Nov. 1843, in *R. B.*, V, bl. 810 en v.

erkent, dat hij behoorlijk is aangemaand. Dezelfde kracht aan eenen brief toe te kennen, die, eene aanmaning behelst, schijnt kwalijk te strooken met de bepaling der wet. Al kan ook de verzending en de ontvangst van den brief als zeker worden aangenomen, toch kan hij noch als een bevel, noch als eene soortgelijke akte beschouwd worden (1).

88. De aanmaning, waardoor iemand in gebreke wordt gesteld, moet geschieden op naam van den schuldeischer, die, waar hij als zoodanig bij den schuldenaar onbekend mogt zijn, zich aan hem moet kenbaar maken, of van een' lasthebber, daartoe door den schuldeischer gemagtigd. Een negotiorum gestor is daartoe niet bevoegd, behalve ter zake van verbindtenissen door hem zelven als zoodanig voor den schuldeischer aangegaan. Men moet daarenboven bevoegdheid hebben tot het aannemen der betaling; een minderjarige kan het niet, noch iemand voor hem, behalve de voogd of diens gemagtigde (2).

89. De aanmaning moet gedaan worden aan hem, van wien de voldoening kan gevorderd worden, en die daartoe bevoegdheid heeft, in den regel dus aan den schuldenaar of zijnen voogd of curator, of zoodanigen gemagtigde, tegen wien ook een eisch zou kunnen worden ingesteld. Waar dit het geval niet is, kan men de aanmaning aan geen' ander rigten dan aan den schuldenaar, al ware die ander ook zijn gemagtigde, en al kon ook door dezen de aanmaning te zijner kennis gebragt worden; inderdaad toch zou dan niet door den schuldeischer, maar door dien ander de aanmaning aan den schuldenaar geschieden (3). Wanneer de schuldenaar afwezig mogt zijn, kan de schuldeischer de benoeming van een' bewindvoerder uitlokken, tegen wien de aanmaning gerigt kan worden. Hetzelfde geldt van andere bewindvoerders en van den curator eener onbeheerde nalatenschap.

90. De aanmaning kan alleen geldig geschieden op een tijdstip, waarop de schuld vorderbaar is. Wel is dit bij zuivere verbindtenissen zonder tijdsbepaling aanstonds het geval, maar het moet ook het geval zijn, omdat de schuldenaar niet in gebreke gesteld kan worden door eene ontijdige opvordering, waaraan hij niet behoeft te voldoen. Eene aanmaning, om over zekeren bepaalden tijd te voldoen, kan zoodanige kracht niet hebben, tenzij uit kracht der verbindtenis, in verband met die aanmaning, de niet-voldoening den schuldenaar in gebreke mogt doen zijn, gelijk bij een' op eenigen tijd na zigt vervallen wisselbrief het geval is. Hier is echter de schuldeischer uit kracht der verbindtenis in gebreke, die door de aanmaning slechts nader bepaald is

---

(1) Verg. mr. A. A. WEVE, in *Themis*, 2°, V, bl. 32—36. Anders echter N.-Holland 18 Dec. 1856, *N. R. B.*, VII, bl. 380 en v. — (2) WOLFF, bl. 266—269. — (3) Verg. WOLFF, bl. 269—278.

geworden; hij is daarin eigenlijk niet gesteld. Maar waar de verbindtenis zelve niet van dien aard is, kan door den schuldeischer alleen haar aard niet veranderd worden. Wat de dagen en uren betreft, waarop die aanmaning kan geschieden, zij het genoeg te verwijzen naar art. 14 en 15 W. v. B. R. (1).

91. De schuld moet effen en bepaald zijn, zal deswege eene geldige aanmaning kunnen geschieden, waardoor de schuldenaar in gebreke wordt gesteld, omdat dezen geen verzuim in de voldoening te laste gelegd kan worden, zoolang niet zeker is wat hij voldoen moet (2). Bovendien is het noodig, dat de schuldenaar in regten kan worden geroepen wegens de verbindtenis, en dat hij geene afdoende exceptie tegen den eisch kan opwerpen; en hij kan niet in gebreke gesteld worden, waar de voldoening niet, of nog niet, geldig van hem kan gevorderd worden. Voor zoo ver de exceptie slechts een gedeelte der schuld betreft, is de aanmaning wel voor het overige, maar niet voor dat gedeelte van uitwerking (3).

92. De aanmaning moet geschieden ter zelfder plaatse, waar de schuldenaar ook kan worden gedagvaard, aan den persoon dus des schuldenaars, waar men dezen vindt, of aan zijne werkelijke of gekozene woonplaats. Dit is ook dan het geval, wanneer de schuld elders, op eene andere bepaalde plaats, voldaan moest worden, behoudens het regt van den schuldenaar om slechts daar te voldoen, en de verpligting des schuldeischers om daar voldoening te ontvangen. Bij behoorlijk gestaafde weigering hiervan zou de aanmaning zich zelve vernietigen, daar zij zou strekken tot iets, waartoe de schuldenaar niet verpligt was, en de schuldeischer bij zijne aanmaning hem tevens buiten de gelegenheid zou stellen om daaraan te voldoen. Ter plaatse, waar de schuld voldaan moet worden, moet de aanmaning niet geschieden, daar deze ook de woonplaats des schuldeischers, en in allen gevalle eene andere dan de woonplaats des schuldenaars kan zijn, en zoo de aanmaning geheel buiten dezen zou omgaan (4).

92 *a*. De wet bepaalt niet, hoelang de ingebrekestelling hare kracht behoudt. Zij stuit ook de verjaring der verbindtenis, art. 2016 B. W., maar belet niet, dat deze toch later door verjaring of op andere wijze kan te niet gaan, en de gevolgen der ingebrekestelling, die geheel accessoir zijn, kunnen dan ook niet meer voortduren. Maar zoolang de verbindtenis bestaat, duren zij voort, hoeveel tijd er ook verloopen zij. Men kan hier den regter geene bevoegdheid toekennen, om uit eenig tijdsverloop af te leiden, dat de schuldeischer zelf zijne ingebrekestelling als niet gedaan beschouwt, noch aannemen, dat zij door dit tijdsverloop te niet gegaaan is. Vooreerst zou

(1) Wolff, bl. 278—280; Beens, bl. 24 en v. — (2) Wolff, bl. 291. — (3) Wolff, bl. 287 en v., 292 en v. — (4) Anders Wolff, bl. 280—284.

de bepaling van den tijd, die daarvoor voldoende gerekend mag worden, niet anders dan geheel willekeurig bepaald kunnen worden. Maar ten anderen zijn de gevolgen der ingebrekestelling daaraan door de wet verbonden, zijn zij geheel een uitvloeisel der wet, en naar deze te beoordeelen. En daar nu de wet ze daaraan verbonden heeft, zonder dit te bepalen tot zekeren tijd en ze na verloop daarvan te niet te doen gaan, moeten ze noodwendig voortduren, zoolang de verbindtenis voortduurt en tot dat ze met het ophouden van deze noodzakelijk moeten vervallen (1).

93. Wij merken ten slotte nog op, dat de ingebrekestelling in het algemeen alleen noodig is voor de verwezenlijking der gevolgen, door wet of overeenkomst aan eene vertraging verbonden, die niet reeds op zich zelve uit kracht der verbindtenis den schuldenaar in gebreke doet zijn. Wat het regt betreft om de vervulling der verbindtenis in regten te vorderen, hiertoe is de schuldeischer in den regel en zoo geene tijdsbepaling in het voordeel van den schuldenaar gemaakt is, altijd bevoegd, zonder dat eene voorafgaande aanmaning noodig is, tenzij zulks uitdrukkelijk mogt zijn vastgesteld. Het regt van vordering is dus niet van eene voorafgaande ingebrekestelling afhankelijk (2); de dagvaarding, waarbij een eisch in regten wordt gedaan, wordt dan ook zelve als eene ingebrekestelling beschouwd, hetgeen het geval niet zou kunnen zijn, waar zij door deze moest worden voorafgegaan. In de artikelen, die wij behandelen, wordt blijkbaar het in gebreke zijn ook bepaaldelijk beschouwd in verband met de bijzondere hier daaraan verbondene gevolgen. (3).

§ 9.

Van de vergoeding van kosten, schaden en interessen ten gevolge van nalatigheid.

94. Een gevolg der nalatigheid van den schuldenaar is zijne verpligting tot vergoeding der daaruit voortspruitende kosten, schaden en interessen, waarmede wij ons thans moeten bezig houden. Het zijn, volgens het opschrift dezer afdeeling en volgens art. 1279 B. W., alleen de kosten, schaden en interessen, voortspruitende uit het niet of wel niet tijdig nakomen der verbindtenis, die hier een voorwerp van behandeling uitmaken, en niet die, tot wier vergoeding men wegens eene onregtmatige daad of ook wegens eene verkeerde uitvoering der verbindtenis verpligt is (4); en het is niet zonder belang dit ook

---

(1) Verg. OPZOOMER, II, bl. 245. — (2) Tiel 28 Junij 1844, *R. B.*, VIII, bl. 317 en v. — (3) Verg. arr. Utrecht 31 Jan., *W.* 626. — (4) Zie echter OPZOOMER, II, bl. 254 en v.

hier op te merken, opdat men de regelen, die voor het eene gelden, niet zonder bedenking mede op het andere toepasse. De hier bedoelde vergoeding is, volgens art. 1279 B. W., dan eerst en dan alleen verschuldigd, wanneer de schuldenaar nalatig en in gebreke is om de verbindtenis te vervullen.

95. Ook dan is hij alleen aansprakelijk wegens een ongeoorloofd verzuim; waar hem dit niet te laste gelegd kan worden, waar de niet-vervulling der verbindtenis niet aan hem te wijten is, bestaat die aansprakelijkheid niet. Art. 1281 B. W. zegt dit uitdrukkelijk: »geene vergoeding van kosten, schaden en interessen heeft plaats, indien de schuldenaar door overmagt of door toeval verhinderd is geworden om iets te geven of te doen, waartoe hij verpligt was, of iets gedaan heeft, hetwelk hem verboden was". Ook hier is het niet noodig, dat toeval of overmagt hem van den aanvang der verbindtenis af verhinderd hebbe; het is in den regel voldoende, zoo hij daardoor maar verhinderd werd, toen de voldoening van hem werd gevorderd en bij gebreke daarvan zijne nalatigheid begon, daar hij niet verantwoordelijk is voor hetgeen gebeurd is, terwijl hij te goeder trouw met de voldoening wachtte.

96. Overmagt en toeval, zamengenomen, omvatten alle niet aan den schuldenaar liggende omstandigheden, die hem de vervulling der verbindtenis onmogelijk maken, en die in art. 1280 B. W. worden aangeduid door »vreemde oorzaak, die hem niet kan worden toegerekend" (1); het is al datgene, quod humano captu praevideri non potest aut cui praeviso non potest resisti. Dit geldt voor alle soorten van verbindtenissen. Dat de schuldenaar op zich zelf niet in de mogelijkheid is om de verbindtenis na te komen, kan in het algemeen niet als zoodanige overmagt beschouwd worden, die hem bevrijdt, tenzij hij door ziekte of eene dergelijke omstandigheid buiten de mogelijkheid is gesteld (2). Maar de bepaling van art. 1281 B. W. luidt ook algemeen genoeg, om de aansprakelijkheid uit te sluiten, zoowel wanneer de overmagt of het toeval den schuldenaar persoonlijk trof, als wanneer de werking daarvan zich tot het voorwerp der verbindtenis bepaalde.

97. Toeval of overmagt ontheft echter ook niet altoos en onbepaald van de verpligting tot vergoeding. Vooreerst wordt de schuldenaar daardoor niet bevrijd, wanneer het toeval of de overmagt eerst is opgekomen nadat hij reeds in gebreke, en daarom tot vergoeding van kosten, schaden en interessen verpligt geworden was, tenzij de zaak op gelijke wijze bij den schuldeischer zou vergaan zijn, zoo zij hem was geleverd geweest; zie ook art. 1480 *b* B. W.

(1) MARCADÉ, IV, n. 517. — (2) Verg. DURANTON, X, n. 468; WOLFF, bl. 126.

Ten tweede is zulks het geval, wanneer de schuldenaar wel door toeval of overmagt verhinderd is, maar zelf daartoe aanleiding had gegeven, door iets te doen of na te laten, wat hij niet mogt doen of nalaten, en waardoor hij ten gevolge van toeval of overmagt in dien toestand is gebragt; of ook wanneer hij de werking van het toeval of de overmagt heeft kunnen vooruitzien, en echter niet in tijds aan zijne verpligting heeft voldaan; bij welk een en ander vooral veel naar de omstandigheden zal moeten beoordeeld worden. Hetzelfde is eindelijk ook daar het geval, waar de schuldenaar zich bepaaldelijk mede wegens toevallige gebeurtenissen en overmagt aansprakelijk heeft gesteld (1).

98. In allen gevalle is overmagt of toeval eene exceptionele omstandigheid, die niet verondersteld kan worden. Hij, die zich daarop beroept, moet dus het bestaan daarvan bewijzen. Art. 1280 B. W. vordert dan ook dat bewijs van zijnen kant, als de conditio sine qua non zijner niet-aarsprakelijkheid (2). Daarentegen ligt het weder aan den schuldeischer, het bewijs te leveren van datgene, waardoor hij, volgens het zoo even gezegde, de verpligting van den schuldenaar wil staande houden (3).

99. Buiten het geval van overmagt of toeval, of, gelijk de wet zegt, zoo dikwijls de schuldenaar niet bewijzen kan, dat het niet uitvoeren of het niet tijdig uitvoeren der verbindtenis voortkomt uit eene vreemde oorzaak, die hem niet kan worden toegerekend, moet hij, volgens art. 1280 B. W., indien daartoe gronden bestaan, tot vergoeding van kosten, schaden en interessen veroordeeld worden, al heeft er ook geene kwade trouw van zijne zijde plaats gehad. Het niet tijdig uitvoeren kan evenzeer aanleiding tot vergoeding geven als het geheel niet uitvoeren, maar beide kan ook evenzeer een gevolg van toeval of overmagt zijn; voor beide wordt dus ook het bewijs daarvan toegelaten (4).

100. Wij zullen zien, dat er in de mate van aansprakelijkheid des schuldenaars verschil bestaat, naarmate hem eenig opzet te wijten is of niet; dit betreft echter alleen de mate dier aansprakelijkheid, die op zich zelve altoos bestaat, wanneer zij niet door overmagt of toeval wordt opgeheven. Kwade trouw van zijne zijde is daartoe volstrekt niet noodig; men behoeft zelfs den schuldenaar persoonlijk geen verzuim te laste te kunnen leggen; de erfgenaam van den schuldenaar, die het bestaan der verbindtenis niet kent, is des-

---

(1) POTHIER, n. 142; TOULLIER, VI, n. 228; DURANTON, X, n. 468; ZACHARIAE, I, § 308, 3°, bl. 323, en n. 4 en v.; OPZOOMER, II, bl. 255 en v. — (2) DE PINTO, II, § 682, bl. 348; 3e uitg. § 732, bl. 440; TOULLIER, VI, n. 229; MARCADÉ, IV, n. 517. — (3) MARCADÉ, t. a. p. — (4) VOORDUIN, V, bl. 22 en v.; ASSER, § 690.

niettemin evenzeer aansprakelijk. Hier is ook geen sprake van straf voor hem, maar van eene schadeloosstelling van den schuldeischer.

101. Hieruit volgt, dat ook de onderscheidingen der culpa, zoo als zij met meer of minder regt naar het Romeinsche regt gemaakt zijn, hier niet te pas komen. Hier wordt ook niet, gelijk in art. 1271 *b* B. W., van eene meer of mindere uitgestrektheid der verpligting gesproken. De woorden van art. 1280 B. W.: »indien daartoe gronden bestaan," doelen dan ook niet daarop (1), maar alleen op de vraag, of er kosten, schaden en interessen zijn, die vergoed moeten worden (2). Anders zou het ook vreemd zijn, dat daarna wordt gesproken van het bewijs van toeval of overmagt, waarvan het bestaan zeker met het bestaan dier gronden in het naauwst verband zou staan.

102. De uitdrukking »kosten, schaden en interessen" omvat alles, wat vergoed moet worden. *Kosten* zijn meer bepaaldelijk alle uitgaven, die de schuldeischer heeft moeten doen; *schaden* het verlies, dat hij door de niet-vervulling geleden heeft, en *interessen* het verder belang, dat hij daarbij had, door het derven van winst en voordeel. De vergoeding van kosten, schaden en interessen, welke de schuldeischer regt heeft te vorderen, bestaat dan ook, volgens art. 1282 B. W., in het algemeen in het verlies, hetwelk hij heeft geleden, en in de winst, welke hij heeft moeten derven; het geleden verlies omvat hier de kosten en schaden, de winstderving de interessen (3). Maar er moet dan ook werkelijk verlies geleden of winst gederfd zijn. Het bewijs hiervan moet in den regel door hem geleverd worden, die vergoeding vraagt. Het bedrag van dat verlies en van die gederfde winst behoeft niet aanstonds te worden vastgesteld; wanneer dit niet gevoegelijk geschieden kan, kan de schuldenaar in het algemeen tot vergoeding van kosten, schaden en interessen veroordeeld worden, waarvan het bedrag dan nader moet worden opgemaakt bij staat, op de wijze, voorgeschreven in art. 612 en v. W. v. B. R. (4).

103. Op die wijze wordt de schuldeischer, wat zijn belang betreft, zooveel mogelijk in denzelfden toestand teruggebragt, alsof de verbindtenis ten uitvoer gelegd was, en daarop heeft hij ook aanspraak. De winstderving moet daarom evenzeer vergoed worden, als de geledene schade; en ook de regter mag bij de vaststelling der verschuldigde som, mijns bedunkens, de winstderving evenmin als het werkelijk verlies beneden haar wezenlijk bedrag stellen; de wet toch spreekt van beide in éénen adem en op dezelfde wijze (5).

---

(1) Verg. TOULLIER, VI, n. 235. — (2) Verg. OPZOOMER, II, bl. 251 en v. — (3) POTHIER, n. 159 en v.; VOORDUIN, V, bl. 22, 23; DE PINTO, II, § 683, bl. 348 en v.; 3e uitg. § 733, bl. 440 en v. — (4) Verg. VERNEDE, op art. 1282 B. W.; TOULLIER, VI, n. 291. — (5) Verg. OPZOOMER, II, bl. 253 en v. Zie echter DURANTON, X, n. 481.

104. Het bedrag der vergoeding wordt in de meeste gevallen door den regter, in andere ook door de wet of door de overeenkomst geregeld. De wet regelt dat bedrag ten aanzien der verbindtenissen, die alleen betrekkelijk zijn tot de betaling van eene zekere — niet juist van eene bepaalde (1) — geldsom. Zij spreekt hier alleen van vergoeding uit *vertraging* in de uitvoering voortkomende, omdat de schuld zelve door hare niet-voldoening niet van onderwerp veranderen kan (2). De vergoeding van kosten, schaden en interessen, uit vertraging in de uitvoering voortkomende, bestaat dan, volgens art. 1286 *a* B. W., in den regel alleenlijk in de bij de wet bepaalde interessen. Het bedrag dier interessen is, volgens art. 2 der Wet van 22 December 1857 (Sb. n. 171) in burgerlijke zaken vijf en in handelszaken zes ten honderd in het jaar.

105. Wij zeggen: in den regel; immers, de wet zelve erkent een paar uitzonderingen daarop, »behoudens de bijzondere regelen op den koophandel en op borgtogten betrekkelijk." Zoo zijn, in geval van niet-betaling van een' wisselbrief, behalve de interessen der hoofdsom, ook protestkosten, die van herwissel en andere wettige onkosten verschuldigd. De borg heeft, volgens art. 1876 B. W., behalve op de interessen, ook aanspraak op de kosten, en kan in het algemeen, blijkens het laatste lid, verhaal hebben tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, zoo daartoe gronden zijn, b. v. zoo hij een executie heeft moeten ondergaan.

106. Eene andere uitzondering, hoezeer de wet daarvan hier niet spreekt, bestaat er ten aanzien van vennooten; daar, volgens art. 1663 B. W., de vennoot, die eene som gelds in de maatschap moest inbrengen, en zulks niet gedaan heeft, of die geldsommen uit de gemeene kas genomen heeft, niet slechts interessen van de hoofdsom verschuldigd is, maar ook tot vergoeding van meerdere kosten, schaden en interessen kan veroordeeld worden, indien daartoe gronden zijn (3). Eindelijk zal het ook wel niet ongeoorloofd zijn, dat partijen bij overeenkomst van de bepaling van art. 1286 *a* afwijken (4). Wanneer zij hebben vooruitgezien, dat, in geval van niet-voldoening door den schuldenaar, de schuldeischer een bijzonder nadeel lijden zal, — b. v. door geen gebruik te kunnen maken van een beding van wederinkoop, door een' wissel niet op tijd te kunnen voldoen enz., — kan gene de vergoeding van dat nadeel op zich nemen (5).

107. Dit is zelfs in overeenstemming met de ratio legis, die tot

---

(1) H. R. 30 Mei 1851, *W.* 1238. — (2) MARCADÉ, IV, n. 528. — (3) DURANTON, X, n. 491; ZACHARIAE, I, § 308, bl. 324, n. 8. — (4) Anders 's Gravenhage 1 Junij 1849, *W.* 1036, bestreden door de Redactie. — (5) Verg. TOULLIER, VI, n. 267; DURANTON, X, n. 488. Anders MARCADÉ, IV, n. 530, op grond der Wet v. 3 Sept. 1807 op den interest.

de bepaling van art. 1286 *a* B. W. geleid heeft, en die bestaat in de onbepaaldheid van het belang, dat de schuldeischer bij eene tijdige voldoening kan hebben. Dit kan zeer verschillend zijn en is dikwijls zeer moeijelijk, ook van achteren, te bepalen; daar, al bleek ook, welk nadeel een tijdelijk geldgebrek den schuldenaar berokkent, hiermede nog niet uitgemaakt zou zijn, dat juist de niet-voldoening van den schuldenaar daarvan de eenige oorzaak is. Bovendien kan de schuldenaar meestal niet vooruitzien, welk nadeel zijne vertraging ten gevolge zal kunnen hebben, en zou op hem eene al te groote verantwoordelijkheid gelegd worden, zoo hij al die nadeelen moest dragen, die daaruit bij mogelijkheid kunnen voortvloeijen. Het belang, dat men in het algemeen heeft bij de tijdige voldoening eener geldsom, bepaalt zich tot de gewone interessen, die het geld oplevert, en daarom is dit ook in de wet als algemeene maatstaf in dezen aangenomen (1).

108. En om die veronderstelling vordert de wet hier ook geen bewijs van geledene schade; die vergoeding is, volgens art. 1286 *b* B. W., verschuldigd zonder dat de schuldeischer eenig verlies behoeve te bewijzen. Kan hij nu in sommige gevallen meer nadeel lijden, dan hij vergoed krijgt, aan den anderen kant krijgt hij ook vergoeding, waar eigenlijk geene schade geleden is, en is hij althans tot geene bewijslevering verpligt (2).

109. De bepaling van art. 1286 *a* is in algemeene bewoordingen vervat, en regelt voorts een bepaald onderwerp; men moet daarom hier ook geen onderscheid maken, of den schuldenaar al dan niet opzet of arglist te wijten zij. Wel maakt dit, volgens art. 1283 en v. B. W., een niet onbelangrijk onderscheid, maar deze artikelen staan in onmiddellijk verband met art. 1282 B. W., waarop art. 1286 juist eene uitzondering behelst, of hetwelk althans niet toepasselijk is op verbindtenissen, die de betaling eener zekere geldsom betreffen (3).

110. De vergoeding, waarvan hier gesproken wordt, en die in de bij de wet bepaalde interessen bestaat, is, volgens art. 1286 *c* B. W., alleen verschuldigd van den dag, dat zij in regten gevorderd is, uitgezonderd de gevallen, waarin de wet die van regtswege doet loopen. Dit geschiedt in art. 449 *c* B. W. ten aanzien van den voogd, die eenige geldsommen niet belegt; in art. 471 *a* B. W. ten aanzien van het slot van rekening door den voogd verschuldigd in art. 1144

(1) Voorduin, V, bl. 24 en v.; de Pinto, II, § 686, bl. 349 en v.; 3e uitg. § 736, bl. 441 en v., v Savigny, *Syst.*, VI, bl. 133 en v.; Pothier, n. 170; Toullier, VI, n. 264 en v.; Duranton, X, n. 490. — (2) Voorduin, de Pinto, Toullier, Duranton, t. a. p.; Marcadé, IV, n. 159. — (3) De Pinto, t. a. p; Vernede, op art. 1286 B. W.

B. W. ten aanzien van hetgeen aan inbreng onderworpen is; in art. 1398 B. W. ten aanzien van hem, die ter kwader trouw iets onverschuldigd ontvangen heeft; in art. 1551 B. W. ten aanzien van den kooper, zoo de verkochte zaak vruchten of andere inkomsten oplevert; in art. 1663 *a* en *b* B. W. ten aanzien van vennooten; in art. 1842 B. W, ten aanzien van den lasthebber, die geld tot zijn eigen gebruik besteed heeft, en in art. 1847 B. W. ten aanzien van den lastgever, voor wien voorschotten gedaan zijn. Voorts kan ook wel bij overeenkomst bepaald worden, dat', bij gebreke van betaling op zekeren tijd, terstond interessen verschuldigd zullen zijn; in dit geval is echter art. 1286 B. W. van zelf buiten toepassing, hetwelk regeling der vergoeding door de wet veronderstelt.

111. Buiten de uitgezonderde gevallen zijn de interessen alleen verschuldigd van den dag, dat ze in regten gevorderd zijn. Dat de schuldenaar in gebreke moet wezen, alvorens de gevolgen daarvan te ondervinden, spreekt van zelf (1); men merke echter op, dat eene gewone ingebrekestelling hier niet genoeg is, maar bepaaldelijk eene vordering in regten vereischt wordt (2). Wat van deze afwijking de oorzaak zij, is mij niet gebleken. Hoe het zij, de wet spreekt bepaald; en zelfs zijn de interessen niet verschuldigd sedert eene vordering in regten, de interessen zelve moeten in regten gevorderd zijn (3). Hiertoe is het echter voldoende, dat in de dagvaarding mede interessen zijn gevorderd.

112. Art. 1287 B. W. bepaalt, dat vervallen interessen van hoofdsommen wederom interessen kunnen opbrengen, hetzij ten gevolge eener geregtelijke aanvraag, hetzij krachtens eene bijzondere overeenkomst. Op zich zelf schijnt deze bepaling eenigzins vreemd, daar het eensdeels hier de plaats niet is om te bepalen, wat partijen over het betalen van interessen kunnen bedingen, en anderendeels vervallen interessen even als iedere schuld verschuldigd zijn, zoodat bij nietbetaling als van zelve de bepaling vau art. 1286 B. W. ook hier toepasselijk zou moeten zijn. De bepaling schijnt in navolging van art. 1154 C. N. te zijn opgenomen, omdat vroeger het vorderen van interessen van interessen verboden of althans zeer beperkt toegelaten was, en omdat ook de wetgever het niet dan onder zekere bepalingen wilde veroorloven. Er was geene afdoende reden, om het in het algemeen te verbieden ten aanzien van vervallen interessen, die zelve ook weer als hoofdsommen beschouwd kunnen worden, en waarvan de schuldeischer, zoo ze hem op tijd waren voldaan, weer

(1) Dordrecht 21 Febr. 1853, *W.* 1434. — (2) MARCADÉ, IV, n. 531; Winschoten 20 Dec. 1854, *W.* 1608.—(3) DE PINTO, II, § 687, bl. 351; 3e uitg. § 736, bl. 442; PAILLIET, op art. 1153 C. N.; MARCADÉ, IV, n. 532.

vruchten kon trekken, terwijl ook de schuldenaar, die ze niet kon voldoen, anders op nieuw geld zou moeten leenen, om den eischenden schuldeischer tevreden te stellen (1).

113. Bij de geregtelijke aanvraag of overeenkomst moet bepaaldelijk sprake zijn van de interessen der vervallen interessen, anders kunnen zij door den regter niet worden toegewezen. Ook hier geldt in zoo ver weder hetzelfde, wat in art. 1286 *c* B. W. bepaald is. En ook hier is dus eene ingebrekestelling op de gewone wijze niet voldoende (2).

114. Vervallen interessen kunnen echter, volgens art. 1287 B. W., geene interessen opbrengen, tenzij de aanvraag of de overeenkomst loopt over interessen, ten minste voor een geheel jaar verschuldigd. Men heeft hierdoor willen voorkomen, dat schraapzuchtige schuldeischers, door eene gedurige ophooping en kapitalisering der interessen, hunne inschuld ongevoelig zouden verhoogen. Ten aanzien van nog niet vervallen interessen zou dit wel niet kunnen geschieden, omdat ze niet gevorderd kunnen worden, maar waar interessen bij de week, de maand of het halfjaar bedongen zijn, zou zoodanige ophooping mogelijk wezen, en deze heeft men willen beletten (3). Men vatte intusschen de bepaling niet zoo op, alsof de interessen reeds een geheel jaar lang moeten verschenen geweest zijn; het is genoeg zoo ze vervallen en *over* een geheel jaar verschuldigd zijn (4).

115. Het is ook niet noodig, dat de interessen reeds vervallen zijn, alvorens de overeenkomst wordt gemaakt. Art. 1287 B. W. sluit eene vroegere overeenkomst niet uit, en in het algemeen kunnen, volgens art. 1370 *a* B. W., toekomstige zaken het onderwerp eener overeenkomst uitmaken (5). Maar ook dan kan de overeenkomst alleen loopen over interessen over een geheel jaar verschuldigd, en eerst werken nadat de interessen vervallen zijn (6).

116. Over korteren tijd verschuldigde interessen brengen ten gevolge eener geregtelijke aanvraag in het geheel geene interessen op; en de wet zegt dit even algemeen ten aanzien der overeenkomst. Intusschen zijn vervallen interessen weder een kapitaal op zich zelf geworden, waarover de wetgever bezwaarlijk beletten kan, overeenkomsten aan te gaan. Zij kunnen ook hier voor beide partijen wen-

---

(1) Verg. *C. N. et Mot.*, V, bl. 23 en v., 116; TOULLIER, VI, n. 271 en v.; DURANTON, X, n. 495 en v.; MARCADÉ, IV, n. 534; VOORDUIN, V, bl. 25; DE PINTO, II, § 686, bl. 350; 3e uitg. § 737, bl. 442 en v. — (2) TOULLIER, VI, n. 272; DURANTON, X, n. 497, 503; PLIESTER, bl. 64; VERNEDE, op art. 1287 B. W. — (3) DE PINTO, t. a. p., bl. 350 en v.; 3e uitg. bl. 443. — (4) DURANTON, X, n. 497. — (5) DURANTON, X, n. 498 en v.; ZACHARIAE, I, § 308, bl. 324 en n. 10. — (6) OPZOOMER, II, bl. 260, n. 2, zie hierin lijnregte tegenspraak.

schelijk zijn, en in allen gevalle kan niets den schuldenaar beletten op nieuw tegen interessen geld van zijnen schuldeischer te leenen, om daarmede de verschuldigde interessen te betalen, waardoor inderdaad hetzelfde bereikt zou zijn. Deze zwarigheid zou niet bestaan, zoo de wetgever niet van geregtelijke aanvrage en overeenkomst in éénen adem had gesproken. Men schijnt echter de beperking ten aanzien der laatste alleen te moeten toepassen op overeenkomsten vóór den vervaltijd aangegaan, in welk geval daarvan ook het meeste gevaar te vreezen is (1).

117. Het gezegde geldt alleen van interessen van hoofdsommen. Vervallen inkomsten, als pacht- en huurpenningen, altijddurende (2) of lijfrenten, brengen, volgens art. 1288 *a* B. W., interessen voort van den dag, dat de eisch gedaan of de overeenkomst gesloten is, en hetzelfde geldt, volgens het tweede lid, van teruggaven van vruchten en interessen, die door eenen derde aan den schuldeischer tot ontlasting van den schuldenaar betaald zijn. Deze zijn als zoodanig geene interessen van hoofdsommen, en de wetgever heeft niet gewild, dat door eene valsche gevolgtrekking hier hetzelfde zou worden aangenomen. »Niettemin," zegt daarom de wet, hoezeer art. 1288 geenszins strijdt met art. 1287 B. W. Men heeft slechts buiten twijfel willen stellen, dat die inkomsten enz. niet juist over een geheel jaar behoeven verschuldigd te zijn, om ten gevolge eener vordering of uit kracht der overeenkomst interessen op te brengen (3).

118. Ten aanzien der vruchten en interessen, waarvan art. 1288 *b* B. W. spreekt, schijnt naauwelijks twijfel te kunnen bestaan, zoodat deswege geene bepaling noodig ware geweest. In art. 20 der Wet van 1 Maart 1825 (Sb. n. 14) komt zij ook voor. In art. 6 der Wet van 15 Mei 1829 (Sb. n. 25) daarentegen komt zij niet voor, ofschoon hier eene andere lezing der in het eerste lid vervatte bepaling wordt vastgesteld, maar daarbij niet gezegd wordt, dat dit *eerste lid*, maar dat *het artikel* zal luiden als volgt. Desniettegenstaande is het tweede lid ook opgenomen in art. 1314 Wetb. van 1830, een artikel, dat de wetgever bij het vaststellen der Wet van 15 Junij 1833 (Sb. n. 32) voor oogen had, en uitdrukkelijk vermeldt, om eene verandering in de redactie van den aanhef vast te stellen. Men zou kunnen zeggen, dat de wetgever toen het tweede lid, dat als zoodanig voorkwam in de bepaling, die hij voor zich had, stilzwijgend heeft erkend; hersteld kan men echter niet zeggen,

---

(1) DURANTON, X, n. 498, 500. Anders MARCADÉ, IV, n. 535 en v.; OPZOOMER, II, bl. 259 en v. — (2) VOORDUIN, V, bl. 26. — (3) TOULLIER, VI, n. 274; DURANTON, X, n. 494; ZACHARIAE, I, § 308, bl. 324 en n. 14; MARCADÉ, IV, n. 539; DE PINTO, t. a. p., bl. 350 en v.; 3e uitg. § 737, bl. 443; PLIESTER, bl. 64.

dat dit lid in 1833 is (1), en ik vind het daarom zeer twijfelachtig, of het wel in het Wetboek behoort. Het schijnt echter tevens ter zake niets af te doen, omdat ook zonder wetsbepaling hetzelfde moet worden aangenomen, wat nu uitdrukkelijk is vastgesteld.

119. De regeling van het bedrag der vergoeding van kosten, schaden en interessen in de overeenkomst wordt verondersteld in art. 1285 B. W. »Indien bij de verbindtenis (2) bepaald is, dat degene, die in gebreke blijft om dezelve na te komen, bij wege van schadevergoeding, eene zekere som zal betalen, kan aan de andere partij geene meerdere noch mindere som worden toegewezen." Partijen kunnen zelve best beoordeelen, welk belang zij bij de vervulling hebben, en tot vergoeding van welke schaden zij zich verbinden willen. De deswege gemaakte bepaling heeft dezelfde kracht als elke overeenkomst. Wel kan ook hier bedrog of eene dergelijke oorzaak haar krachteloos maken, maar overigens strekt zij hun, die haar gemaakt hebben, tot wet; en ook de regter, die tusschen hen regt moet spreken, kan dus daarvan niet afwijken, maar heeft alleen te onderzoeken, of de schuldenaar in gebreke is, of er vergoeding te pas komt, en of de schuldenaar deswege aansprakelijk is. Al bewijst de schuldeischer ook, dat hij meer nadeel ondervonden heeft, of al biedt de schuldenaar aan te bewijzen, dat het nadeel veel geringer is, toch mag noch meer noch minder worden toegewezen; partijen hebben van eene juiste waardering afstand gedaan (3).

120. Zoodanige bepaling moet in het algemeen beschouwd worden als een beding van straf, waarover bepaaldelijk nader in de laatste afdeeling van dezen titel gehandeld wordt (4); ten ware mogt blijken, dat partijen daardoor niet alleen de schadevergoeding hebben willen regelen, maar de verbindtenis zelve alternatief hebben willen maken, zoodat de schuldenaar zou kunnen kiezen, wat hem het best voegt, de verbindtenis na te komen of het vastgestelde te voldoen. In hoe ver dit al of niet het geval zij, zal de regter hebben te beoordeelen, die het laatste zeker eerder zal kunnen aannemen bij verbindtenissen om iets te doen of niet te doen, dan bij die om iets te geven, omdat de eerste zich in het algemeen in vergoeding van kosten, schaden en interessen oplossen (5).

121. Maar kunnen partijen ook overeenkomen, dat geene vergoeding van kosten, schaden en interessen plaats zal hebben? TOULLIER

---

(1) Zoo VERNEDE, op art. 1288 B. W. — (2) Voor *verbindtenis* had ook hier *overeenkomst* moeten staan. — (3) TOULLIER, VI, n. 275; DURANTON, X, n. 483; MARCADÉ, IV, n. 526; VOORDUIN, V, bl. 24; DE PINTO, II, § 685, bl. 345; 3e uitg. § 735, bl. 441. — (4) OPZOOMER, II, bl. 257 en v., die geene andere beschouwing toelaat. Verg. MARCADÉ, IV, n. 527. — (5) Verg. DURANTON, X, n. 484—486.

beantwoordt deze vraag ontkennend, omdat zulks met de goede zeden strijdig zijn en strekken zou tot begunstiging der kwade trouw; hij beschouwt daarom zoodanige bepaling als nietig (1). De juistheid hiervan meen ik echter, wegens de algemeene bevoegdheid om overeenkomsten aan te gaan, te moeten betwijfelen. Zoodanige bepaling heeft op zich zelve niets onzedelijks; men kan ook niet zeggen, dat zij de kwade trouw begunstigt, zoo dikwijls de schuldeischer ook zonder die vergoeding aan de verbindtenis gevolg kan geven, door de maatregelen, voorzien bij art. 1276 en 1277 B. W. En waar dit het geval niet is, daar is niet die bepaling, maar, volgens art. 1292 B. W., de geheele verbindtenis nietig, omdat zij alleen van den wil des schuldenaars afhangt.

122. Wanneer het bedrag der vergoeding noch door de wet, noch door de overeenkomst der partijen is vastgesteld, wordt het door den regter bepaald, des noods op voorlichting van deskundigen. Die regeling moet zich noodwendig in alles naar de omstandigheden rigten, die aanwijzen, wat er vergoed moet worden; en veel hangt natuurlijk daarvan af, of er alleen een verzuim te vergoeden is, terwijl de daad nog verrigt of de zaak nog in goeden staat geleverd kan worden, dan of dit niet meer, althans niet naar behooren, geschieden kan.

123. Hetgeen art. 1282 B. W. bepaalt omtrent het vergoeden van het geleden verlies, en van de winst, die de schuldeischer heeft moeten derven, wordt nader bepaald in art. 1283 en 1284 B. W. Men heeft namelijk die vergoeding niet onbeperkt willen doen uitstrekken en daarom in art. 1283 bepaald, dat de schuldenaar slechts gehouden is tot vergoeding van die kosten, schaden en interessen, welke men voorzien heeft of heeft kunnen voorzien ten tijde van het aangaan der verbindtenis, ten ware het aan zijne arglist te wijten zij, dat de verbindtenis niet is nagekomen. Indien de schuldeischer werkelijk meer nadeel geleden heeft, kan dit een gevolg wezen van omstandigheden, die vreemd zijn aan den schuldenaar, voor wien althans ook in dit opzigt de verbindtenis van den beginne af eenige bepaaldheid hebben moet (2).

124. Er is aangemerkt, dat hier bepaaldelijk bedoeld zou zijn de verbindtenis, die uit overeenkomst ontstaat (3). Intusschen spreekt de wet algemeen, en ofschoon men, wegens eene gelijke meening, reeds bij de beraadslaging verlangde, dat hier, in plaats van verbindtenis, *overeenkomst* zou worden gesteld, heeft echter dit verlangen geen gevolg gehad (4). De bewering, dat het woord *aangaan* bepaaldelijk

(1) Toullier, VI, n. 226. — (2) Verg. pothier, n. 160; marcadé, IV, n. 522 en v.; de pinto, II, § 684, bl. 349; 3e uitg. § 734, bl. 441. — (3) De pinto, t. a. p.; schüller en vernede, op art. 1283 B. W. — (4) Voorduin, V, bl. 23 en v.

aan verbindtenissen door overeenkomst zou doen denken, schijnt ook weinig gegrond, omdat inderdaad elke verbindtenis wordt aangegaan, ook die, welke uit de wet ontstaat, wanneer partijen zich in dien toestand plaatsen, waarin de wet eene verbindtenis doet ontstaan. Ook in het algemeen zie ik voor deze beperking geen genoegzamen grond, daar ook hij, die, te goeder trouw zijnde, krachtens de wet verbonden wordt, evenzeer reeds van den beginne af de gevolgen zijner daad mag kunnen voorzien; men denke aan den negotiorum gestor, aan den voogd en dergelijke.

125. »Welke men voorzien heeft of heeft kunnen voorzien", zegt de wet; dat iets werkelijk niet voorzien is, is dus nog geene reden om den schuldenaar te ontheffen, wanneer het van dien aard is geweest, dat partijen het hebben kunnen voorzien. In hoe ver dit een en ander het geval is, moet geheel naar de omstandigheden worden beslist; het is eene quaestio facti. Ik meen echter hier twee opmerkingen te moeten bijvoegen. De eerste is deze, dat uit art. 1284 B. W. volgt, dat niet alles, wat een onmiddellijk en dadelijk gevolg is van het niet-nakomen der verbindtenis, daarom ook geacht moet worden voorzien te zijn of te hebben kunnen worden. De tweede is deze, dat, mijns inziens, ten onregte hier worden aangehaald de bepalingen betrekkelijk de verpligting van den verkooper tot vrijwaring (1). Die vrijwaring is een onderwerp, geheel verschillende van dat, hetwelk wij hier behandelen. Daarom is ook ten aanzien van gene de mate van verpligting afzonderlijk geregeld; maar deze regeling is niet op ons onderwerp toepasselijk verklaard en kan daarom hierop ook niet toegepast worden. Men moet zich hier uitsluitend bepalen tot de vraag, die art. 1283 B. W. zelf aan de hand geeft.

126. De bepaling van art. 1283 B. W. geldt echter slechts dan, wanneer het niet aan de arglist des schuldenaars te wijten is, dat de verbindtenis niet is nagekomen; niet, wanneer die niet-nakoming niet is het bloote gevolg eener nalatigheid van zijne zijde, maar van kwade trouw, hetzij met oogmerk om den schuldeischer te schaden, of wel alleen om zich zelven te bevoordeelen. In dat geval is het niet noodig, dat de kosten, schaden en interessen voorzien zijn of hebben kunnen worden; hier behoefde ook het vooruitzigt der partijen bij het aangaan der verbindtenis de maatstaf niet te zijn; en men behoefde zich zelfs niet te bepalen tot hetgeen voorzien kon worden, toen de kwade trouw begon te werken, omdat deze geene gelijke verschooning verdiende (2).

---

(1) Zie POTHIER, n. 161 en v.; TOULLIER, VI, n. 284 en v.; DURANTON, X, n. 472 en v.; SCHÜLLER, op art. 1284 B. W. — (2) DE PINTO, t. a. p.; MARCADÉ, IV, n. 521.

127. Maar onafhankelijk van deze meerdere gestrengheid, moet echter, volgens art. 1284 B. W., ook dan nog, wanneer het niet-nakomen der verbindtenis te wijten is aan de arglist, of aan de kwade trouw van den schuldenaar, de vergoeding van kosten, schaden en interessen, alleen datgene bevatten, hetwelk een onmiddellijk en dadelijk gevolg is van het niet-nakomen der verbindtenis. Vergoed behoeft dus niet te worden, wat een meer verwijderd gevolg daarvan is, maar waarvoor nog eene onmiddellijke oorzaak tusschenbeide ligt (1). Niet omdat dan dat meer verwijderde gevolg niet heeft kunnen voorzien worden, — zoo het dit kon, is de vergoeding zeker verschuldigd, maar dat het dit niet kon, is voor het tegendeel niet voldoende; — maar wanneer er nog eene nadere tusschenbeide liggende oorzaak noodig is geweest, dan is het niet zeker meer, dat het werkelijk een gevolg der vertraging is (2); en bovendien moest er toch ook hier eene grens gesteld worden, zou men den schuldenaar niet in het oneindige verantwoordelijk stellen. De gevolgen moeten zich dan ook dadelijk doen gevoelen.

AFDEELING V.

Van voorwaardelijke verbindtenissen.

§ 10.

Van voorwaarden in het algemeen.

128. Eene verbindtenis is, volgens art. 1289 B. W., voorwaardelijk, wanneer men haar doet afhangen van eene toekomstige en onzekere gebeurtenis, hetzij door de verbindtenis op te schorten tot zoodanige gebeurtenis plaats hebbe, hetzij door haar te doen vervallen, naarmate de gebeurtenis al of niet voorvalt. Eene verbindtenis dus is voorwaardelijk, wanneer zij afhangt van eene, hetzij opschortende, hetzij ontbindende voorwaarde. Deze voorwaarde zelve zou ik echter liever noemen eene onzekere gebeurtenis, waarvan het bestaan eener verbindtenis afhankelijk is gesteld.

---

(1) Verg. POTHIER, n. 167 en v.; TOULLIER, VI, n. 286 en v.; DURANTON, X, n. 473; MARCADÉ, IV, n. 524 en v.; SCHÜLLER, op art. 1284 B. W.; wier voorbeelden mij echter niet alle juist voorkomen. — (2) DE PINTO, t. a. p.

129. Art. 1189 B. W. spreekt toch mijns bedunkens ten onregte van eene *toekomstige* en onzekere gebeurtenis. Wel wordt ook door de schrijvers (1) algemeen bepaaldelijk gesproken van eene toekomstige gebeurtenis en beweerd, dat eene verbindtenis niet voorwaardelijk is, wanneer zij van eene reeds gebeurde, maar nog onbekende gebeurtenis afhankelijk is gesteld; maar de daarvoor aangevoerde gronden komen mij niet voldoende voor. Het is zoo, wanneer de verbindtenis van eene reeds plaats gehad hebbende, maar aan partijen onbekende gebeurtenis afhankelijk is gesteld, bestaat er inderdaad óf eene zuivere óf in het geheel geene verbindtenis; maar voor de partijen — en op deze komt het immers juist aan, — is het onverschillig, of de gebeurtenis nog niet heeft plaats gehad, of wel alleen nog aan haar onbekend is. Hetgeen, hoezeer reeds gebeurd, aan partijen nog onbekend is en dus nog bekend moet worden, staat voor haar in de gevolgen met eene toekomstige gebeurtenis gelijk; de daarvan afhangende verbindtenis kan vóór die bekendwording niet werken; de schuldeischer kan geene vervulling vorderen, omdat het nog onzeker is, of de verbindtenis bestaat of niet bestaat. Dit zal eerst zeker zijn, wanneer de afloop bekend zal wezen, en dan zal er óf eene zuivere óf geene verbindtenis bestaan, even als dit in het algemeen het geval is, naarmate van het al of niet voorvallen der gebeurtenis. De vervulling der voorwaarde heeft dan ook, zelfs al bestond zij in eene toekomstige gebeurtenis, eene terugwerkende kracht. Het is nergens als een noodwendig bestanddeel der voorwaardelijke verbindtenis voorgeschreven, dat zij eerst haar bestaan erlange na, maar alleen dat zij *afhangt* van eene gebeurtenis. In allen gevalle spreekt art. 1299 B. W. uitdrukkelijk van eene voorwaarde, bestaande in eene reeds gebeurde, doch aan partijen nog onbekende zaak; en behalve dat ook dan, wanneer dit alleen gold voor de opschortende voorwaarde, waarvan daar gehandeld wordt, die bepaling toch in strijd zou zijn met art. 1289 B. W., hetwelk zoowel de opschortende als de ontbindende voorwaarde omvat, bestaat er ook geene reden om niet hetzelfde van de ontbindende voorwaarde aan te nemen, wat van gene gelden zou. Er bestaat dus eene tegenstrijdigheid tusschen art. 1289 en 1299 B. W., en in één van die beide moet de uitdrukking onjuist zijn. En dan komt het mij voor, dat de meer ontwikkelde voorstelling van art. 1299 een grond is om aan te

(1) POTHIER, n. 198, 202; TOULLIER, VI, n. 475; DURANTON, XI, n. 11 en v., 73; ZACHARIAE, I, § 302, bl. 312, n. 3; MARCADÉ, IV, n. 561; DE PINTO, II, § 688, bl. 351; § 689, bl. 353; 3e uitg. § 738, bl. 443 en v.; § 739, bl. 445; OPZOOMER, II, bl. 262 en v.; V. SAVIGNY, III, bl. 121 en v., 125 en v.; L. VERHEIJEN, *De conditionibus* (Leyden 1834), bl. 2. — Anders SCHÜLLER, op art. 1289 B. W.

nemen, dat naar de leer van den wetgever zelven de onjuistheid schuilt in art. 1289. Dit wordt dan ook nog eenigermate bevestigd door art. 289 W. v. K., volgens hetwelk ook schade verzekerd kan worden, die op het tijdstip van het sluiten der overeenkomst reeds bestond, indien maar het aanwezen dier schade nog niet aan den verzekerde bekend was.

130. Onzeker moet echter de gebeurtenis zijn, zoodat zij óf plaats hebben óf ook niet plaats hebben kan, of wel, zoo zij al mogt hebben plaats gehad, partijen althans daarvan onkundig zijn, en het alzoo voor haar onzeker is, of zij plaats heeft of niet. Indien het vooraf zeker is, dat de gebeurtenis plaats zal moeten hebben, maar het alleen onzeker is, wanneer, zoo bestaat er slechts eene tijdsbepaling, die de uitvoering der verbindtenis opschort, maar geene voorwaarde; het bestaan der verbindtenis kan daarvan niet afhankelijk wezen, ten ware het nog onzeker mogt zijn, of de gebeurtenis wel binnen zekeren tijd zal plaats hebben, en de verbindtenis juist hiervan afhankelijk ware gesteld (1). Zoo kan er ook geen sprake zijn van eene wezenlijke voorwaarde, waar eenige regtsbetrekking afhankelijk is gesteld van eenig feit, dat reeds van zelf onmisbaar is tot het bestaan dier regtsbetrekking, b. v. eene schenking bij huwelijksche voorwaarden van de voltrekking des huwelijks (2).

131. De wet zegt: wanneer *men* dezelve doet afhangen enz., en even als de verbindtenissen zelve óf uit overeenkomst óf uit de wet ontstaan, zoo moet ook de voorwaarde bij de overeenkomst of bij de wet gesteld zijn. Eene verandering der omstandigheden, op zich zelve en zonder dat daarin is voorzien, kan niet als eene gebeurtenis beschouwd worden, waarvan de verbindtenis afhankelijk is. De voorwaarde moet echter niet volstrekt uitdrukkelijk, zij kan ook stilzwijgend gesteld zijn. Dit is b. v. het geval met de ontbindende voorwaarde, waarvan art. 1302, en de opschortende, waarvan art. 209 en 1499 B. W. spreken, en in het algemeen, wanneer óf de aard der zaak óf de veronderstelde wil des wetgevers of der partijen zulks medebrengt. Dit moet echter niet dan op goede gronden geacht worden het geval te zijn, en men moet geene voorwaarden aannemen op bloote veronderstellingen, die niet noodwendig aan de zaak verbonden zijn (3).

132. Wat de uitdrukkelijke voorwaarden betreft, zoo zij het voldoende aan te merken, dat haar bestaan of niet-bestaan meestal dui-

---

(1) POTHIER, n. 203; TOULLIER, VI, n. 476 en v.; DURANTON, XI, n. 13 en v.; DE PINTO, II, § 688, bl. 352; 3e uitg. § 738, bl. 444; V. SAVIGNY, III, bl. 122. — (2) V. SAVIGNY, III, bl. 122; OPZOOMER, II, bl. 269. — (3) TOULLIER, VI, n. 502 en v.; DURANTON, XI, n. 38 en v.; ZACHARIAE, I, § 302, bl. 312 en n. 5.

delijk genoeg uit de gebezigde woorden: *indien*, *mits* en dergelijke kan, en anders uit den geheelen zamenhang moet worden afgeleid (1).

133. Men moet voorts de voorwaarden wèl onderscheiden van zoodanige lasten, bepalingen en voorschriften, modi, die wel aan de verbindtenis worden verbonden, maar om een bepaald doel te verzekeren, dat men bij de verbindtenis tevens beoogde, niet om deze daarvan te doen afhangen. De nakoming daarvan behoort tot de vervulling der verbindtenis, en gaat dus aan deze niet vooraf, het bestaan van deze wordt er niet door opgeschort. De gebezigde woorden wijzen in den regel genoegzaam aan, of partijen eene voorwaarde hebben willen stellen, of zoodanig bepaald voorschrift bij de verbindtenis voegen. Anders zal ook hier uit den zamemhang de bedoeling moeten worden afgeleid (2).

134. De meest gewone onderscheiding der voorwaarden, die ook reeds in art. 1289 B. W. wordt aangeduid, is deze, dat ze zijn óf opschortende óf ontbindende, zoodat er geene voorwaarde is, die niet tot eene dezer soorten kan gebragt worden. De opschortende stelt de werking der verbindtenis tot aan hare vervulling uit, en doet die werking van het al of niet vervullen der voorwaarde afhangen. De ontbindende laat de verbindtenis werken alsof zij zuiver ware, om bij hare vervulling die werking te doen eindigen, en dus de blijvende werking van hare al of niet-vervulling te doen afhangen. Men kan ook de ontbindende voorwaarde als eene opschortende beschouwen, mits men niet denke aan eene verbindtenis van tegenovergestelde strekking, die daarvan afhankelijk zou zijn, — er is inderdaad slechts ééne verbindtenis, en hare strekking is niet de ontbinding van een reeds bestaanden toestand; die toestand zelf is een gevolg van haar, door haar gewrocht, maar om onder zekere omstandigheden te worden opgeheven (3), — maar zich de zaak zoo voorstelle, dat de verbindtenis, wier werking niet is opgeschort, oorspronkelijk zuiver is, doch hare opheffing het gevolg kan zijn van de vervulling eener voorwaarde, die daardoor ten aanzien dier opheffing eene opschortende kracht heeft (4). Intusschen kan men beide soorten van voorwaarden ook zeer goed onderscheiden, gelijk ook onze wetgever dit heeft gedaan, daar zij inderdaad op de werking der verbindtenis een verschillenden invloed hebben (5). Of er

(1) DURANTON, XI, n. 40—42; TOULLIER, VI, n. 509 en v. — (2) Verg. TOULLIER, VI, n. 505 en v.; V. SAVIGNY, III, bl. 226 en v.; PUCHTA, *Vorl.*, I, § 63, bl. 132 en v.; VERHEIJEN, bl. 8 en v. — (3) Verg. ook DURANTON, XI, n. 91. — (4) Verg. V. SAVIGNY, III, bl. 154 en v.; OPZOOMER, II, bl. 270 en v.; MARCADÉ, IV, n. 542 en v.; DURANTON, XI, n. 8; ZACHARIAE, I, § 302, bl. 312, n. 6; VERHEIJEN, bl. 14 en v., 29, 59. — (5) V. SAVIGNY, III, bl. 149 en v.

eene opschortende of eene ontbindende voorwaarde bedoeld is, moet, waar het niet van zelf duidelijk is, uit den zamenhang worden opgemaakt (1).

135. Art. 1169—1171 C. N. spreken van: conditions *casuelles*, die van het toeval afhangen en niet in de magt van den schuldeischer of van den schuldenaar staan; *potestatives*, wier vervulling in de magt van eene der partijen staat, en *mixtes*, die van den wil van eene der partijen en van den wil van een' derde afhangen. Onze wetgever heeft die bepalingen, als zuiver leerstellig, weggelaten (2).

136. Men onderscheidt voorts de voorwaarden in stellige en ontkennende, naarmate zij daarin bestaan, dat zekere gebeurtenis in het algemeen of binnen een bepaalden tijd plaats hebbe, of dat zij niet plaats hebbe (3). Deze onderscheiding is niet overbodig, omdat daaraan werkelijk verschillende gevolgen verbonden zijn in art. 1290 en 1291 en art. 1294 en 1295 B. W. Zij geldt van alle voorwaarden, en daarom had men in art. 1289. B. W., ook achter de woorden: »tot zoodanige gebeurtenis plaats hebbe," wel mogen voegen: of totdat blijkt, dat zij niet plaats heeft (4).

137. Verder worden de voorwaarden onderscheiden in mogelijke en onmogelijke, met de voorschriften der zedelijkheid of met de bepalingen der wet strijdige en daarmede niet strijdige. En deze onderscheiding is eveneens van gewigt, omdat de geldigheid der verbindtenis zelve daarvan afhangt.

138. Alle voorwaarden, om iets te doen, of dat er iets zal voorvallen (5), 'twelk onmogelijk is, zijn, volgens art. 1290 B. W., niet alleen nietig, maar maken ook de overeenkomst, die men daarvan heeft doen afhangen, van onwaarde. Hier wordt bepaaldelijk van de overeenkomst gesproken, omdat art. 1290 alleen bij overeenkomsten toepassing vinden kan (6); het is dan ook de overeenkomst, die van onwaarde is als bron der verbindtenis, welke men van zoodanige voorwaarde heeft laten afhangen. Eigenlijk bestaat hier geene wezenlijke voorwaarde, want eene gebeurtenis is niet onzeker, wanneer zij niet kan plaats hebben (7). Maar toch wanneer partijen schijnbaar eene verbindtenis laten afhangen van het gebeuren van iets, dat onmogelijk is, dan kunnen zij niet geacht worden eene verbindtenis bedoeld te hebben, en de wetgever kon dus met gerustheid ook deze van onwaarde verklaren (8). Dat ten aanzien van uiterste

(1) DURANTON, XI, n. 44. — (2) ASSER, § 691. Verg. over die onderscheiding TOULLIER, VI, n. 492—500; DURANTON, XI, n. 16 en v. — (3) POTHIER, n. 200; TOULLIER, VI, n. 501; DURANTON, XI, n. 57. — (4) DURANTON, XI, n. 15. — (5) Verg. OPZOOMER, II, bl. 273 en v. — (6) NICOLAÏ, bij VOORDUIN, V, bl. 28; LIPMAN, bl. 380. — (7) V. SAVIGNY, III, bl. 122, 156 en v. — (8) TOULLIER, VI, n. 481; DURANTON, XI, n. 33.

willen het tegendeel is aangenomen, hebben wij bij de behandeling van art. 935 B. W. gezien (1).

139. Als onmogelijk schijnt hier dat, maar ook dat alleen te moeten beschouwd worden, hetwelk, hetzij op zich zelf, hetzij onder de gemaakte bepalingen, volstrekt en blijvend onmogelijk is, niet hetgeen, op zich zelf mogelijk, slechts voor den schuldenaar en dus betrekkelijk onmogelijk is, of hetgeen slechts tijdelijk onmogelijk is, maar later, wanneer de verbindtenis nog voor vervulling vatbaar is, mogelijk zal worden. Hier toch kan wel de voorwaarde door den schuldenaar, immers voor alsnog, niet worden vervuld, men kan echter niet zeggen, dat zij inderdaad onmogelijk is; en terwijl de verbindtenis van de vervulling der voorwaarde blijft afhangen, kan zij niet van onwaarde verklaard worden, waar die vervulling nog kan volgen (2).

140. Van onwaarde is, volgens art. 1290 B. W., evenzeer de overeenkomst, waaruit eene verbindtenis zou ontstaan, afhankelijk van voorwaarden, om iets te doen, dat met de goede zeden strijdig of bij de wet verboden is; men zou dit ook zedelijk of wettelijk onmogelijk kunnen noemen (3). Het is voldoende, dat iets bij de wet verboden is, zonder dat er ook eene straf behoeft bedreigd te zijn (4), en waar de wet niet duidelijk is moet de uitlegging beslissen. Minder bepaald is, wat met de goede zeden strijdt, en dit zal in elk geval naar de omstandigheden als quaestio facti door den regter beoordeeld moeten worden. Het schijnt echter niet overbodig, hier aan te merken, dat het niet de vraag moet zijn, of de beperking der vrijheid, die als een gevolg der gestelde voorwaarde zou kunnen beschouwd worden, al dan niet wenschelijk is, maar alleen, of datgene, wat moet worden gedaan, gezegd kan worden tegen de goede zeden te strijden, terwijl anders geene van-onwaarde-verklaring volgen kan (5).

141. De wet spreekt hier niet, gelijk in art. 935 B. W., van onverstaanbare voorwaarden; ook op deze schijnt echter de bepaling van art. 1290 te moeten worden toegepast (6). Dat de voorwaarde zelve, die onverstaanbaar is, van onwaarde moet zijn, spreekt van zelf; maar het is tevens waar, dat partijen, ook waar zij eene onverstaanbare voorwaarde stellen, geene onvoorwaardelijke verbindtenis

---

(1) Zie IV, n. 683. — (2) Verg. TOULLIER, VI, n. 481 en v.; ZACHARIAE, I, § 302, bl. 313, n. 1; VERHEIJEN, bl. 18 en v. Zie ook V. SAVIGNY, III, bl. 164 en v.; *Obligationenrecht*, I, bl. 384 en v. — (3) Verg. echter V. SAVIGNY, III, bl. 169 en v. — (4) TOULLIER, V, n. 268. — (5) Verg. hierboven IV, n. 688. — (6) DE PINTO, II, § 691, bl. 355 en v.; 3e uitg. § 741, bl. 448; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1290 B. W.; V. SAVIGNY, III, bl. 159, 163 en v. Anders OPZOOMER, II, bl. 163.

hebben doen geboren worden. Eene onverstaanbare voorwaarde is voorts onmogelijk te vervullen, en de overeenkomst zelve zou dus ook daarom van onwaarde moeten zijn. Ongerijmde en belagchelijke voorwaarden mogen als een teeken van onzinnigheid kunnen gelden, op zich zelve schijnen zij niet van onwaarde te zijn, veelmin de overeenkomst van onwaarde te maken, wanneer zij niet iets vorderen, dat onmogelijk, bij de wet verboden of met de goede zeden strijdig is (1).

142. De bepaling van art. 1290 B. W. geldt alleen, wanneer de voorwaarde strekt om iets te doen. »De voorwaarde om iets niet te doen, hetwelk onmogelijk is, maakt de verbindtenis, onder die voorwaarde aangegaan, niet van onwaarde"; art. 1291 B. W. Niets verhindert de vervulling dezer voorwaarde, en er was dus ook geene reden om de verbindtenis als van onwaarde te beschouwen.

143. Hetzelfde mag men daarom ook aannemen, ofschoon art. 1291 B. W. dit niet uitdrukkelijk zegt, van de voorwaarden om iets niet te doen, hetwelk bij de wet verboden of met de goede zeden strijdig is; ook hier toch belet niets de verbindtenis. Dat deze afhankelijk gesteld wordt van het niet-doen van iets ongeoorloofds, heeft in het algemeen ook op zich zelf niets onbehoorlijks; een schuldeischer kan om zijn bijzonder belang het nalaten van eenige ongeoorloofde daad nader hebben willen waarborgen; in allen gevalle kan het slechts de vraag zijn, of er eene geoorloofde oorzaak der overeenkomst bestaat, iets, waarmede eene gestelde voorwaarde niet verward moet worden (2).

143 *a*. Er is aangemerkt, dat art. 1290 B. W., hoezeer van alle voorwaarden sprekende, evenwel alleen van de opschortende geldt, en niet van de ontbindende, en men heeft ook hierom de laatste willen beschouwen als opschortende de opheffing der verbindtenis, zoodat de verbindtenis zelve daarvan onafhankelijk is (3). Ik geloof, dat men hier niet behoeft af te wijken van de algemeene bepaling der wet. Wanneer de verbindtenis zal zijn opgeheven indien iets geschiedt, 'twelk onmogelijk is, dan hangt de blijvende werking der overeenkomst inderdaad niet daarvan af, dat dat onmogelijke zal geschieden, maar daarvan, dat het niet zal geschieden, en is dus art. 1291, niet art. 1290 B. W. toepasselijk. Zal de verbindtenis

---

(1) Verg. echter TOULLIER, VI, n. 490; VERHEIJEN, bl. 7. — (2) SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1291 B. W.; DURANTON, XI, n. 35; ZACHARIAE, I, § 302, bl. 312 en n. 3. Anders DE PINTO, II, § 692, bl. 356 en v.; 3e uitg. § 742, bl. 449; OPZOOMER, II, bl. 275. Zie ook MARCADÉ, IV, n. 547 en v.; POTHIER, n. 204; TOULLIER, VI, n. 122, n. 2, n. 481, n. 1, bl. 401. — (3) OPZOOMER, II, bl. 271. Verg. V. SAVIGNY, III, bl. 192 en v.; MARCADÉ, IV, n. 549 en v.

opgeheven zijn, wanneer iets, 'twelk onmogelijk is, niet geschiedt, dan is de blijvende werking niet aan het niet-geschieden, maar aan het werkelijk geschieden van het onmogelijke verbonden, en art. 1290 B. W. vindt daarbij zijne toepassing. Dit geldt ook ten aanzien van voorwaarden, verbonden aan eenige daad, die met de goede zeden strijdig of bij de wet verboden is. VON SAVIGNY spreekt van eene opschortende voorwaarde, waaronder de een den ander iets belooft, mits deze eenen derde mishandelt, en hij noemt teregt die overeenkomst van onwaarde; maar voegt er bij, dat zij naar de letter verbindende zou zijn, wanneer men de zaak onder den vorm eener ontbindende voorwaarde had voorgesteld, en iets zuiver toegezegd, met bepaling dat die toezegging zou zijn opgeheven, wanneer de mishandeling achterwege bleef. Maar hier is, mijns bedunkens, de overeenkomst juist, volgens art. 1290 B. W., van onwaarde, omdat haar blijvende kracht, en dus zij zelve, afhankelijk is van het doen van iets onzedelijks. Bestond de ontbindende voorwaarde niet in het nalaten, maar in het verrigten der mishandeling, dan zou de voortdurende werking der overeenkomst van het nalaten daarvan afhankelijk zijn, en art. 1291 zijne toepassing vinden.

144. De voorwaarde kan voorts niet bestaan in den enkelen wil of het enkel goedvinden van den schuldenaar. » Alle verbindtenissen," zegt art. 1292 B. W., » zijn nietig, indien derzelver vervulling alleenlijk afhangt van den wil van dengenen die verbonden is," d. i. van den schuldenaar (1). Dat de vervulling alleen van den wil des schuldeischers afhankelijk gemaakt wordt, verbiedt de wet niet. Niets is ook daartegen; het staat in den regel aan hem, de nakoming der verbindtenis al of niet te vorderen, en in zoo verre kan zoodanige bijvoeging naauwelijks als eene voorwaarde beschouwd worden (2). Maar waar die vervulling alleen van den wil des schuldenaars afhangt, daar bestaat inderdaad geene verbindtenis, daar is geen vinculum juris aanwezig (3).

145. Maar dan moet de vervulling ook alleen afhangen van den wil des schuldenaars. In hoe ver dit het geval is, moet des noods uit den zamenhang der overeenkomst worden opgemaakt. Zeker is dit niet het geval, waar de vervulling der verbindtenis afhankelijk is gesteld van het vermogen van den schuldenaar (4), welks bestaan des noods door den schuldeischer kan bewezen worden. Art. 1798 B. W. spreekt ook van eene overeenkomst, dat hij, die eene zaak of

---

(1) SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1292 B. W. — (2) Verg. V. SAVIGNY, III, bl. 128 en v. — (3) VOORDUIN, V, n. 29 en v.; ASSER, § 692; POTHIER, n. 47; MALLEVILLE, III, bl. 55; V. SAVIGNY, III, bl. 131 en v.; V. B. F., in *Opm. en Med.*, V, bl. 123 en v. — (4) SCHÜLLER, op art. 1292 B. W.

geldsom ter leen heeft ontvangen, haar zal teruggeven, wanneer hij daartoe in staat zal zijn, en zegt, dat de regter dan, naar gelang der omstandigheden, den tijd der teruggave zal bepalen.

Indien de verbindtenis afhangt van eene daad, waarvan de vervulling in zijne magt staat — wanneer ik mij b. v. verbonden heb voor het geval dat ik zekeren muur hooger zal hebben opgetrokken, — en die daad heeft plaats gehad, dan is ook, volgens art. 1292 B. W., de verbindtenis van kracht. Dat nu die daad van den wil des schuldenaars afhankelijk is, doet niets ter zake; de schuldeischer kan er belang bij hebben, dat zij al of niet geschiede; partijen kunnen, door daarvan eene verbindtenis te laten afhangen, hare belangen verzekeren. Er was geene reden om dergelijke potestatieve voorwaarden te verbieden, en onze wetgever heeft dit dan ook niet gedaan; de daad zelve is ook iets uitwendigs, van welks bestaan het bestaan der verbindtenis veilig afhankelijk kan worden gesteld (1).

146. Men merke op, dat onze wetgever zich hier veel juister heeft uitgedrukt (2) dan de Fransche, die, hoezeer, naar het schijnt, in navolging van POTHIER (3), eene bepaling bedoelende, als die van de eerste zinsnede van art. 1292 B. W., in art. 1174 C. N. alle verbindtenissen nietig verklaart, aangegaan »sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige." Indien men die uitdrukking ook hier wilde opvatten in den zin van art. 1170 C. N., dan zou er geene gegronde ratio legis voor die bepaling bestaan; en vandaar dan ook, dat men dit woord hier in een anderen zin opvat, hoezeer de wet zelve daartoe niet leidt. Bij ons wordt teregt in den aanhef van art. 1292 niet van eene potestatieve voorwaarde gesproken (4); deze is niet verboden, maar in de tweede zinsnede duidelijk genoeg erkend. De inhoud dier beide zinsneden verschilt dan ook genoeg, om de eene niet als eene uitzondering op de andere te beschouwen (5); beide staan daar in gelijken rang ter regeling van de leer der voorwaardelijke verbindtenissen.

147. De wet verklaart voorts alleen die verbindtenissen nietig, wier *vervulling* afhangt van den wil van den schuldenaar, en de bepaling ziet dus alleen op de opschortende voorwaarde, dat hij de verbindtenis zal willen vervullen, en is niet van toepassing op ontbindende voorwaarden. Hier mist dan ook de verbindtenis niet alle werking door den enkelen wil des schuldenaars, maar maakt eene der partijen, nadat de verbindtenis vervulling erlangd heeft, slechts gebruik van de door haar bedongene bevoegdheid, om de zaken in den ouden stand terug

(1) Verg. V. SAVIGNY, III, bl. 132; V. B. F., t. a. p., bl 124 en v. — (2) VOORDUIN en ASSER, t. a. p. — (3) N. 205. Verg. TOULLIER, VI, n. 944 en v.; DURANTON, XI, n. 21 en v.; ZACHARIAE, I, § 302, bl. 313 en n. 6; MARCADÉ, IV, n. 551. — (4) Verg. echter DE PINTO, t. a. p. en § 689, bl. 352. — (5) Zoo ASSER, 692. Verg. V. B. F., t. a. p., bl. 124.

te brengen. Men ziet hiervan een voorbeeld in den koop met regt van wederinkoop, en in dien op de proef (1).

148. Ten slotte zij nog herinnerd, dat wel, volgens art. 226 en 234 B. W., bij huwelijksche voorwaarden giften door derden aan aanstaande echtgenooten, of door deze aan elkander, toegekend kunnen worden onder voorwaarden, welker uitvoering van den wil des schenkers afhangt, doch dat men hierin niet moet zien eene uitzondering op art. 1292 *a*, maar enkel eene toepassing van art. 1292 *b* B. W. (2).

149. »Alle voorwaarden," zegt art. 1293 B. W., »moeten vervuld worden op zoodanige wijze als partijen waarschijnlijk gewild en verstaan hebben." Men beschouwe dit niet als de vaststelling der verpligting van partijen ten aanzien van hetgeen als voorwaarde bij de verbindtenis is gesteld; de wet bedoelt slechts, dat de voorwaarden, om als vervuld beschouwd te kunnen worden, alzoo vervuld moeten zijn (3). En dan moet vooreerst ook hier niet op de bloote letter, maar op de bedoeling der partijen gelet worden, voor zoo ver de uitgedrukte voorwaarde zelve betreft, zoodat b. v. de voorwaarde, dat iemand zonder *kinderen* sterft, niet vervuld is wanneer hij *een* kind achterlaat (4); ten tweede schijnt, in overeenstemming met art. 1375 B. W., nevens de uitgedrukte voorwaarde, dat alles noodig te zijn, wat de billijkheid, het gebruik of de wet aan het als voorwaarde gestelde verbindt, en dus ook als door de partijen daarmede verbonden beschouwd moet worden (5).

150. De woorden, waarin de voorwaarde is vervat, leveren natuurlijk in de eerste plaats den maatstaf van beoordeeling op. Waar deze de bedoeling der partijen duidelijk uitdrukken, mag men daarvan niet afwijken, en moet de voorwaarde in forma specifica, gelijk men het noemt, vervuld worden. Maar de bedoeling kan ook minder juist zijn uitgedrukt, en dan moet zij, zelfs met afwijking van de woorden, gevolgd worden. Waar die bedoeling minder bepaald blijkt te zijn, dan de uitdrukking schijnt aan te wijzen, kan de voorwaarde met hetzelfde gevolg ook, gelijk men het noemt, per aequipollens vervuld worden, wanneer maar geacht kan worden aan de

---

(1) TOULLIER, VI, n. 497; DE PINTO, II, § 691, 3, bl. 356; 3e uitg. § 741, 3, bl. 448 en v.; SCHÜLLER, op art. 1292 B. W. Verg. ook DURANTON, XI, n. 30; ZACHARIAE, I, § 302, bl. 313 en n. 7, 8. — (2) Verg. hierboven I, n. 1038 en v. Anders in de 1e uitg. — (3) MALLEVILLE, op art. 1175 C. N., III, bl. 55 en v. — (4) DURANTON, XI, n. 50. — (5) Ik zie geene reden, om, met OPZOOMER, II, bl. 276 en v., hier eene afwijking te zien van de gewone regelen van uitlegging.

bedoeling der partijen voldaan te zijn (1). Zoo zal, wanneer eenige daad van eene der partijen als voorwaarde gesteld is, die partij zelve haar moeten verrigten, wanneer men bij de overeenkomst de daad van een' bepaald persoon op het oog had. Wanneer men daarentegen blijkbaar alleen wilde, dat hetgeen men als voorwaarde stelde verrigt zal worden, onverschillig door wien, zoo kan de voorwaarde ook door de daad van een' ander vervuld worden. Zoo zal, daar men in het algemeen geacht wordt, voor zich en voor zijne erfgenamen te bedingen, de voorwaarde in den regel ook door de erfgenamen van eene der partijen vervuld kunnen worden, tenzij deze bedoeld hebben, dat de voorwaarde bij haar leven of binnen een bepaalden tijd vervuld moest zijn (2).

151. In allen gevalle moet de voorwaarde vervuld zijn, zal het gevolg ontstaan, dat daaraan verbonden is. Hij, die uit hare vervulling zijn regt ontleenen moet, kan er zich dus niet op beroepen, dat die vervulling zonder eenig belang voor zijne tegenpartij is; het is genoeg, dat de verbindtenis door partijen daarvan afhankelijk is gesteld. De voorwaarde moet ook geheel vervuld zijn; eene gedeeltelijke vervulling kan niet als eene vervulling beschouwd worden, en dus de verbindtenis niet doen werken, wier werking hiervan afhankelijk is gesteld. Dit geldt zelfs dan, wanneer het onderwerp der voorwaarde en dat der verbindtenis zelve beide voor verdeeling vatbaar zijn (3), en het lijdt, mijns bedunkens, alleen dan uitzondering, wanneer als de waarschijnlijke bedoeling der partijen mag worden aangenomen, dat werkelijk eene gedeeltelijke vervulling der voorwaarde ook de verbindtenis voor een evenredig gedeelte zal doen werken.

152. En zoo moeten ook, wanneer er meer voorwaarden conjunctive gesteld zijn, allen vervuld wezen om de verbindtenis te doen werken, want alle tezamen zijn ze *de voorwaarde*, van welke de verbindtenis afhangt. Hieruit volgt tevens, dat, zoo er onder die voorwaarden ook slechts ééne voorkomt, om iets te doen wat onmogelijk, met de goede zeden in strijd of door de wet verboden is, dit dan van *de voorwaarde* als geheel geldt, en dus art. 1290 B. W. daar zijne toepassing vindt. Wanneer onderscheidene voorwaarden disjunctive gesteld zijn, — en zoo het uit de uitdrukking niet geheel duidelijk is, of zij conjunctive of disjunctive gesteld zijn, moet de ver-

(1) Verg. POTHIER, n. 206; TOULLIER, VI, n. 586 en v.; ZACHARIAE, I, § 302, bl. 313 en v., n. 9; MARCADÉ, IV, n. 553; VERHEIJEN, bl. 36. — (2) POTHIER, n. 207 en v.; TOULLIER, VI, n. 590 en v.; DURANTON, XI, n. 45, 52; ZACHARIAE, I, § 302, bl. 313; VERHEIJEN, bl 32 en v. — (3) Verg. POTHIER, n. 215 en v.; DURANTON, XI, n. 53 en v.; TOULLIER, VI, n. 598 en v.; VERHEIJEN, bl. 39 en v.

moedelijke bedoeling worden nagegaan, — zal hare vervulling, voor zoo ver die van eene der partijen afhangt, in den regel, en zoo het tegendeel niet blijkt bedoeld te zijn, ook van hare keuze afhangen. Hier behoeven niet alle, maar slechts de eene of de andere vervuld te worden; en ik geloof daarom ook, dat hier de verbindtenis niet van onwaarde wordt door het ongeoorloofde van eene der voorwaarden, omdat zij door de vervulling eener andere hare werking erlangen kan (1).

153. Wanneer datgene geschied is, van welks al of niet geschieden eene verbindtenis afhankelijk was gesteld, zoo is het lot van deze van zelf beslist. Overigens wordt wel, volgens art. 1294 *a* B. W., wanneer eene verbindtenis afhangt van de voorwaarde, dat zekere gebeurtenis binnen een bepaalden tijd plaats zal hebben, die voorwaarde gehouden te ontbreken, indien de tijd verloopen is, zonder dat de gebeurtenis plaats heeft gehad, maar kan zij, volgens art. 1294 *b*, zoo de tijd niet bepaald is, altijd nog vervuld worden, en wordt niet gehouden te ontbreken voordat het zeker is, dat de gebeurtenis geen plaats zal hebben. Het is daarom zeer van belang, dat er eene tijdsbepaling gemaakt worde, en de partij, die op de vervulling der voorwaarde geen invloed kan uitoefenen, daardoor vrij blijve van den last eener al te langdurige onzekerheid (2). De voorwaarde kan anders zelfs na den dood van partijen nog vervuld worden, gelijk ook uit art. 1297 *b* B. W. volgt, ten ware zij nader beperkt mogt zijn geworden; en welk belang eene der partijen ook bij de vervulling der voorwaarde mag hebben, zij kan daarop alleen geene beperking gronden (3).

154. Op gelijke wijze is, volgens art. 1295 B. W., wanneer eene verbindtenis afhangt van de voorwaarde, dat zekere zaak binnen een bepaalden tijd niet zal gebeuren, die voorwaarde vervuld, indien de tijd verloopen is, zonder dat die bedoelde zaak gebeurd is, en zelfs indien het vóór het verloop van dien tijd zeker is, dat de gebeurtenis geen plaats zal hebben; doch wanneer er geen tijd is bepaald, is de voorwaarde niet vervuld, voordat het zeker is, dat de bedoelde zaak niet zal gebeuren (4). Het spreekt echter van zelf, dat de schuld daardoor niet aanstonds vorderbaar wordt, wanneer aan de verbindtenis eene tijdsbepaling verbonden is; de vervulde voorwaarde houdt slechts de verbindtenis niet meer op, die nu werkelijk bestaat (5). In het algemeen moet, zoo dikwijls aan de gebeurtenis een

---

(1) Verg. POTHIER, n. 223; DURANTON, XI, n. 46 en v.; TOULLIER, VI, n. 597; VERHEIJEN, bl. 36 en v. — (2) MARCADÉ, IV, n. 554, 556. — (3) Zie echter POTHIER, n. 209. Verg. TOULLIER, VI, n. 621; VERHEIJEN, bl. 43 en v. — (4) POTHIER, n. 210. — (5) TOULLIER, VI, n. 617 en v.; MARCADÉ, IV, n. 555.

tijd verbonden is, uit de omstandigheden worden afgeleid, of die tijdsbepaling alleen op de vervulling der voorwaarde of ook op de uitvoering der verbindtenis ziet, of deze enkel voorwaardelijk en bij vervulling de voorwaarde zuiver is, dan of deze uitvoering in allen gevalle kan worden uitgesteld (1).

155. Het is voorts in den regel, en zoo van geen tegenovergestelde bedoeling blijkt, alleen de vraag, of de voorwaarde al dan niet vervuld is, niet welke de oorzaak der niet-vervulling zij. Zoo zal ook hij, in wiens magt de vervulling stond, zich bij niet-vervulling niet kunnen beroepen op eenig onvoorzien toeval, overmagt of onwil van een' derde, wiens medewerking hij behoefde. Zijn goede wil is niet genoeg om gedaan of ongedaan te maken, wat niet gedaan of ongedaan is, en toch moest zijn (2).

156. Slechts in één geval erkent de wet eene uitzondering hierop. Volgens art. 1296 B. W. wordt de voorwaarde voor vervuld gehouden, indien de schuldenaar, die zich daaronder verbonden heeft, hare vervulling heeft verhinderd, en het gaat dus in dat geval met de verbindtenis, alsof de voorwaarde vervuld was. Dat geldt ten aanzien van alle voorwaarden; gelijk de vervulling der verbindtenis niet mag afhangen van den enkelen wil van hem, die verbonden is, zoo mag ook de schuldenaar de vervulling niet verhinderen der voorwaarde, waaronder hij verbonden is (3).

157. De bepaling van art. 1296 B. W. kan echter niet bij elke verhindering onbepaalde toepassing vinden. Wel schijnt mij, hetgeen gewoonlijk wordt aangenomen, dat zij namelijk niet geldt, zoo dikwijls de schuldenaar in zijn regt was bij hetgeen hij ter verhindering deed, te algemeen gesteld, wanneer men althans daarmede bedoelt, dat er altoos eene onregtmatige daad van zijne zijde noodig is. Waar dit het geval is, is art. 1296 altoos van toepassing, de dader is dan ook verpligt alle veroorzaakte schade te vergoeden, hetgeen hier niet voegzamer geschieden kan dan door het gevolg der verhindering geheel weg te nemen. Maar ik acht art. 1296 B. W. ook daar toepasselijk, waar de schuldenaar regtstreeks, hoezeer door eene op zich zelve regtmatige daad, de vervulling verhinderd heeft, deels omdat de wet algemeen spreekt, deels omdat de schuldenaar, ten gevolge der eenmaal bestaande voorwaardelijke verbindtenis, niet meer bevoegd is, dat alles te doen, waartoe hij anders geregtigd zou zijn,

---

(1) Verg. OPZOOMER, II, bl. 277 en v. — (2) Verg. POTHIER, n. 213; TOULLIER, VI, n. 610; DURANTON, XI, n. 62 en v.; ZACHARIAE, I, § 302, bl. 314; MARCADÉ, IV, n. 557; VERHEIJEN, bl. 49; V. SAVIGNY, III, bl. 144 en v. — (3) POTHIER, n. 212 en v.; TOULLIER, VI, n. 609; DURANTON, XI, n. 60; VERHEIJEN, bl. 48; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1296 B. W.; V. SAVIGNY, III, bl. 138 en v.

wanneer hij daardoor, en dus door eene geheel eenzijdige daad, der verbindtenis haar werkelijk bestaan zou onthouden. Daarentegen acht ik die bepaling niet toepasselijk, waar de verhindering slechts middellijk plaats heeft, als gevolg eener daad, waartoe men geregtigd was. Zoo zal zij geene toepassing vinden, wanneer iemand de goederen van zijnen schuldenaar in beslag neemt, of hem in gijzeling doet stellen wegens eene regtmatige schuld, al maakt hij daardoor tevens de vervulling der voorwaarde onmogelijk, omdat het bestaan van deze hem in zijn regt van vervolging niet beperken kan. Maar wanneer b. v. iemand, die zich jegens een' ander verbonden heeft, onder voorwaarde dat deze in zijn huis eenig werk zal verrigten, de vervulling verhindert, door hem den toegang in zijn huis te beletten, waartoe hij op zich zelf geregtigd is, dan geloof ik, dat de voorwaarde weder als vervuld beschouwd moet worden, omdat hier eene regtstreeksche verhindering plaats vindt, waartoe hij, die haar pleegde, geacht moet worden zelf bij het aangaan der voorwaardelijke verbindtenis zich de bevoegdheid te hebben ontzegd (1).

158. Men merke voorts op, dat, wanneer de vervulling der voorwaarde slechts voor een gedeelte verhinderd is, zij niet als vervuld beschouwd kan worden, tenzij zij voor het overig gedeelte werkelijk vervuld is, en dat slechts datgene fictione legis als vervuld beschouwd wordt, welks vervulling op de vermelde wijze verhinderd is.

159. Wanneer de voorwaarde niet vervuld is op het oogenblik dat zij dit moest zijn, kan eene latere vervulling niet meer baten. Eveneens is, wanneer de voorwaarde vervuld is, hetgeen de schuldeischer moet bewijzen (2), hare uitwerking ten aanzien der verbindtenis verzekerd, al verliest ook het gebeurde later zijne werking (3).

160. Zelfs werkt de vervulling der voorwaarde, volgens art. 1297 *a* B. W., achteruit tot op den tijd, waarop de verbindtenis, d. i. de voorwaardelijke verbindtenis, is geboren; met andere woorden, de verbindtenis zelve, zoo als zij door de vervulling der voorwaarde van kracht wordt, wordt niet geacht eerst met die vervulling te zijn ontstaan, maar van hare wording als voorwaardelijke verbindtenis af te hebben bestaan; het regt en de verpligting ontstaan niet eerst door die vervulling, maar bestaan reeds terstond, alleen is dat bestaan hangende de voorwaarde nog onzeker (4). Men mag ook aannemen, dat partijen eene zuivere verbindtenis zouden hebben aangegaan, wan-

---

(1) Verg. POTHIER, n. 212; TOULLIER, VI, n. 609, n.; DURANTON, XI, n. 61; ZACHARIAE, I, § 302, bl. 314; VERHEIJEN, bl. 48 en v. — (2) DURANTON, XI, n. 56. — (3) TOULLIER, VI, n. 642. — (4) Verg. POTHIER, n. 220; DURANTON, XI, n. 66 en v.; MARCADÉ, IV, n. 558; VERHEIJEN, bl. 55 en v.; V. SAVIGNY, III, bl. 150 en v.; PUCHTA, *Vorl.*, 1, bl. 129 en v.

neer zij geweten hadden, dat de voorwaarde vervuld zou worden.

161. De strekking dezer bepaling is algemeen, voor zoo ver zij niet door de wet zelve is beperkt (1), wat in enkele opzigten heeft plaats gehad. Zoo toch blijkt uit art. 1300 B. W., dat de bepaling van art. 1273 B. W., volgens welke, bij eene verbindtenis om eene bepaalde zaak te geven, die zaak van het oogenblik der verbindtenis voor rekening van den schuldeischer is, hier niet mag worden toegepast. Zoo loopt ook, volgens art. 2027 *a* B. W., met betrekking tot eene inschuld, welke van eene voorwaarde afhangt, de verjaring niet, zoolang die voorwaarde niet vervuld is. Maar wanneer voor eene voorwaardelijke verbindtenis hypotheek is verleend en ingeschreven, kunnen later ingeschrevene schuldeischers niet beweren, dat zij moeten voorgaan, op grond dat de inschrijving zonder het bestaan eener verbindtenis geene regten geven kan; omdat zij als voorwaardelijke verbindtenis aanstonds bestond, en dit bestaan door de vervulling der voorwaarde bevestigd is. Eveneens is b. v. de voorwaardelijke verkooper wel eigenaar gebleven en als zoodanig bevoegd het goed met hypotheek of erfdienstbaarheden te belasten, maar door de vervulling der voorwaarde gaan die hypotheek en erfdienstbaarheden te niet, als toegestaan door iemand, die nu blijkt daartoe onbevoegd te zijn geweest (2).

162. »Bij overlijden van den schuldeischer vóór de vervulling der voorwaarde, gaan mitsdien deszelfs regten over op zijne erfgenamen", zegt art. 1297 *b* B. W. Het stelt dus deze bepaling voor als een gevolg van die van het eerste lid (3). Men wordt geacht voor zich en voor zijne erfgenamen bedongen te hebben, en de regten, die men zelf had, gaan dus op de erfgenamen over; zoodat de verbindtenis, die ten aanzien der partijen zelve door de vervulling der voorwaarde een vast bestaan erlangen kan, ook ten aanzien der erfgenamen die vastheid kan verkrijgen. Die regten mogen nog slechts in de verwachting bestaan, ook zoodanig zijn zij toch regten, die voor overgang vatbaar zijn (4).

163. Om dezelfde reden veroorlooft art. 1298 B. W. den schuldeischer ook, om vóór de vervulling der voorwaarde alle middelen in het werk te stellen, welke tot bewaring van zijn regt noodzakelijk zijn. Zoo zal hij tegen derden eene verjaring kunnen stuiten; zoo kan hij eene verleende hypotheek doen inschrijven, en die inschrijving, volgens art. 1259 B. W., zelfs bij eene rangschikking doen handhaven. Zoo regelen art. 779 en v. W. v. K. zijne belangen in geval van

(1) Anders in de 1e uitg. — (2) Verg. v. SAVIGNY, III, bl. 160 en v.; OPZOOMER, II, bl. 278 en v.; MARCADÉ, IV, n. 559. — (3) VOORDUIN, V, bl. 32. — (4) Verg. DE PINTO, II, § 695, bl. 357; 3e uitg. § 745, bl. 449; SCHÜLLER, op art. 1297 B. W.; MARCADÉ, IV, n. 558.

faillissement van den voorwaardelijken schuldeischer (1). Maar het moeten dan ook alleen middelen tot bewaring van zijn regt zijn; de zoodanige, die, hoezeer tot bewaring der vordering strekkende, tevens daden van vervolging in zich zouden sluiten, beslaglegging enz., zijn hem niet geoorloofd (2).

§ 11.

Van de opschortende voorwaarden in het bijzonder.

164. Eene verbindtenis onder eene opschortende voorwaarde is, volgens art. 1299 *a* B. W., de zoodanige, welke afhangt óf van eene toekomstige en onzekere gebeurtenis, óf van eene reeds gebeurde, doch aan partijen nog onbekende zaak. Zij is wel ook zelve eene verbindtenis in dien zin, dat zij de kracht heeft, dat er uit haar door de vervulling der voorwaarde eene zuivere en volkomene verbindtenis zal ontstaan, maar dit is ook het eenige; zij hangt, wat hare bepaalde werking betreft, geheel van de voorwaarde af, geeft, zoolang deze hangende is, niets van de regten en verpligtingen, die haar onderwerp uitmaken, en zal die nimmer geven, wanneer de voorwaarde blijft ontbreken.

165. Art. 1299 *b* B. W. zegt, dat de verbindtenis, die van eene reeds gebeurde, doch aan partijen nog onbekende zaak afhangt, van kracht is van den dag af, dat zij is ontstaan. Hetgeen dus in overeenstemming met haar is geschied, is van kracht; het ligt echter in den aard der zaak, dat de schuldeischer geen regt daaruit kan ontleenen, zoolang de zaak aan partijen onbekend is gebleven. Ten aanzien van de verbindtenis, die van eene toekomstige en onzekere gebeurtenis afhankelijk is, zegt de wet, dat zij niet kan worden ten uitvoer gebragt, dan nadat de gebeurtenis heeft plaats gehad.

166. Er s aangemerkt, dat deze uitdrukking der wet onjuist is, omdat de geheele verbindtenis geene regtskracht heeft, en niet enkel hare uitvoering wordt verschoven; dat dus de voorwaardelijke verbindtenis niet met eene met tijdsbepaling gelijk staat (3). Deze aanmerking zou niet ongegrond wezen, wanneer de wetgever, in plaats van het woord *kan*, gesteld had *behoeft;* zoodat de verbindtenis wel zou kunnen, maar niet zou behoeven ten uitvoer gebragt te worden. Er zijn die beweren, dat hier werkelijk *behoeft*, in plaats van *kan* had moeten staan (4), maar dit komt mij onjuist voor. Juist omdat de

(1) Pothier, n. 222; toullier, VI, n. 528 en v.; duranton, XI, n. 68 en v. — (2) Verg. duranton, XI, n. 70; zachariae, I, § 311, bl. 326 en n. 3; marcadé, IV, n. 560. — (3) Duranton, XI, n. 72; zachariae, I, § 302, 2, bl. 314 en n. 5; marcadé, IV, n. 561. — (4) Zoo de pinto, II, § 689, 1, bl. 353; 3e uitg. § 739, 1, bl. 445; schüller en vernede, op art. 1299 B. W.

voorwaardelijke verbindtenis ten aanzien der regten en verpligtingen, die uit haar zullen kunnen ontstaan, hangende de voorwaarde nog geene werkelijke verbindtenis is, kan zij ook niet ten uitvoer worden gebragt. De voorwaardelijke schuldenaar kan wel aan zijne partij datgene geven, wat hij zou moeten voldoen, bijaldien de verbindtenis werkelijk van kracht was, even als hij ook zou kunnen doen, wanneer er zelfs geene voorwaardelijke verbindtenis bestond; maar even als in dit geval, zoo is het ook in het eerste geene tenuitvoerbrenging eener verbindtenis, en kan, hetgeen onverschuldigd voldaan is, als zoodanig teruggevorderd worden, niet alleen later, wanneer de voorwaarde werkelijk ontbreekt en dus de geheele verbindtenis vervalt, maar ook reeds hangende de voorwaarde, omdat het ook nu werkelijk niet verschuldigd is. Dit wordt ook door DE PINTO en SCHÜLLER erkend, en echter zou de condictio indebiti kwalijk gegrond kunnen zijn, wanneer de verbindtenis wel kon, maar slechts nog niet behoefde ten uitvoer gebragt te worden, omdat er dan eenige werkelijke verbindtenis zou moeten bestaan, en de condictio indebiti niet alleen in geval van tijdsbepaling, maar zelfs in geval eener zoogenaamde natuurlijke verbindtenis is uitgesloten.

167. Het is geheel overeenkomstig met het gezegde, dat, volgens art. 2027 B. W., met betrekking tot eene inschuld, welke van eene voorwaarde afhangt, geene verjaring loopt, zoolang die voorwaarde niet is vervuld, omdat eene niet bestaande schuld ook niet kan verjaren. Dit ziet alleen op de schuld zelve, die het voorwerp eener voorwaardelijke verbindtenis is; maar het belet de verjaring niet ten behoeve van derde bezitters eener zaak, waarover eene voorwaardelijke verbindtenis is aangegaan (1), noch ook, dat, zoo het voorwerp dier verbindtenis aan een' derde toebehoorde, maar door den voorwaardelijken schuldenaar werd bezeten, de verjaring ten voordeele van dezen, en na de vervulling der voorwaarde, ten voordeele van den schuldeischer loopt (2).

168. Een ander gevolg daarvan is, dat, hangende de voorwaarde, de zaak, die het onderwerp der verbindtenis uitmaakt, volgens art. 1300 *a* B. W., voor rekening blijft van den schuldenaar, die slechts verbonden is om haar te leveren wanneer de voorwaarde vervuld is. De wet veronderstelt, dat eene bepaalde zaak verschuldigd is. Art. 1273 B. W. kan hier vooreerst geene toepassing vinden, omdat er nog geene werkelijke verbindtenis om te geven bestaat vóór de vervulling der voorwaarde; maar sedert die vervulling komt dan ook de zaak voor rekening van den schuldeischer (3). Overigens spreekt het

(1) DURANTON, XI, n. 71. — (2) Verg. DURANTON, XI, n. 83. — (3) DURANTON, XI, n. 78; SCHÜLLER, op art. 1300 B. W.

van zelf, dat, in geval eener verbindtenis om niet, het nadeel van het verloren gaan der zaak inderdaad altoos den schuldeischer treffen zal (1).

169. De bepaling van art. 1300 *a* is echter niet van publieke orde; partijen kunnen dus daarvan bij hare overeenkomst afwijken, en de zaak ook hangende de voorwaarde voor rekening van den schuldeischer doen zijn, voor het geval dat de voorwaarde vervuld mogt worden. Zij worden dan geacht hare wederzijdsche voorwaardelijke verpligtingen in overeenstemming daarmede te hebben vastgesteld. Ook met dit beding blijft echter de geheele verbindtenis van de voorwaarde afhankelijk, en zoo deze niet vervuld wordt, is de zaak altoos voor rekening van den voorwaardelijken schuldenaar gebleven (2).

170. Indien de zaak geheel en al verloren is gegaan buiten toedoen van den schuldenaar, blijft er, volgens art. 1300 *b* B. W., noch van de eene, noch van de andere zijde eenige verbindtenis bestaan. Ook de nog onzekere betrekking, die tusschen partijen bestaat, houdt op (3). De wet veronderstelt natuurlijk, dat de zaak hangende de voorwaarde verloren is gegaan; het baat dan niets, al wordt de voorwaarde later ook vervuld. Hij, die de verloren gegane zaak moest leveren, kan dan ook van de tegenpartij de nakoming harer verpligting niet vorderen, omdat de geheele verbindtenis, bij gemis van onderwerp, niet meer bestaat; en om deze reden moet ook de vervulling der voorwaarde noodwendig hare achteruitwerkende kracht missen (4).

171. De wet veronderstelt in art. 1300 *b* B. W., dat de zaak geheel is verloren gegaan buiten toedoen van den schuldenaar. Dan, maar ook dan alleen, houdt de verbindtenis eenvoudig op. Wanneer de zaak door toedoen van den voorwaardelijken schuldenaar is verloren gegaan, is hij in geval van vervulling der voorwaarde aansprakelijk voor kosten, schaden en interessen (5). Men mag dit bij analogie uit art. 1300 *d* B. W. afleiden; en het ligt ook in den aard der zaak en vloeit voort uit art. 1401 B. W., omdat het bestaan eener voorwaardelijke verbindtenis de bevoegdheid des schuldenaars ten aanzien der zaak natuurlijk beperkte door de verwachting van den schuldeischer en het regt, dat deze daarop door de vervulling der voorwaarde zou erlangen. Ik meen dit te mogen aannemen niet alleen, wanneer de zaak werkelijk is verloren gegaan, maar in het algemeen, wanneer de schuldenaar zich zelf buiten de gelegenheid gesteld heeft,

---

(1) DURANTON, XI, n. 76. — (2) DURANTON, XI, n. 77. — (3) De aanmerking, tegen de uitdrukking: » l'obligation est éteinte" in art. 1182 C. N., door TOULLIER, VI, n. 538, n.; ZACHARIAE, I, §. 302, 2°, bl. 314, n. 8; MARCADÉ, IV, n. 562, gemaakt, komt mij daarom minder gegrond voor. — (4) POTHIER, n. 219; DURANTON, XI, n. 74, 76; ZACHARIAE, I, § 302, 2°, bl. 314; MARCADÉ, IV, n. 562. — (5) DURANTON, XI, n. 79.

om haar te leveren, b. v. indien hij haar aan een' derde heeft vervreemd, waartoe hij in het algemeen de bevoegdheid wel had behouden, maar toch met betrekking tot den schuldeischer niet meer onbepaald geregtigd was.

172. »Indien de zaak buiten toedoen van den schuldenaar in waarde is verminderd, heeft de schuldeischer de keus om óf de verbindtenis te verbreken, óf de zaak te eischen in den staat, waarin dezelve zich bevindt, zonder eenige vermindering van den uitgeloofden prijs"; art. 1300 *c* B. W. Daar de wet spreekt van den staat, waarin de zaak zich bevindt, moet men hier niet denken aan eene daling van den prijs, terwijl de zaak in denzelfden staat is gebleven, maar aan eene vermindering der waarde door eene vermindering der zaak zelve. En deze vermindering moet in allen gevalle van dat gewigt zijn, dat de zaak werkelijk gezegd kan worden daardoor in waarde verminderd te zijn.

173. Onze wetgever is hier, in navolging van den C. N., afgeweken van het Romeinsche regt, in l. 8 D. *de peric. et commod. rei vend.* (XVIII, 1), en deze afwijking heeft eene afkeuring ondervonden (1), die, mijns bedunkens, niet gegrond is. Het komt mij voor, dat de bepaling van art. 1300 *c* geheel in overeenstemming is met die van het eerste lid; want ofschoon hier het onderwerp der verbindtenis niet geheel ontbreekt, en de zaak, zoo als zij is gebleven, zeer goed het onderwerp eener overeenkomst zijn kan, is zij echter niet meer dezelfde zaak, die oorspronkelijk het onderwerp der voorwaardelijke verbindtenis was. Daar de zaak voor rekening van den schuldenaar bleef, moet de schuldeischer ook uit eene vermindering der waarde geene schade behoeven te lijden. Aan den anderen kant moest hij ook alleen zijnerzijds de verbindtenis niet kunnen wijzigen. Maar met regt wordt hem de keuze gelaten, om óf de tenuitvoerbrenging der verbindtenis te vragen, zonder vermindering ook van den uitgeloofden prijs, óf de verbindtenis te verbreken.

174. Ook hier is weder verondersteld, dat de zaak zonder toedoen van den schuldenaar in waarde is verminderd. Zoo dit door zijn toedoen veroorzaakt is, is de schuldeischer, volgens art. 1300 *d* B. W., geregtigd om óf de verbindtenis te verbreken, óf de zaak te eischen in den staat, waarin zij zich bevindt, met vergoeding van kosten, schaden en interessen. Wel moet hij ook hier, zoo hij na de vervulling der voorwaarde de verbindtenis wil hebben nagekomen, den uitgeloofden prijs in zijn geheel voldoen, maar daartegen kan hij de vergoeding vorderen, voor welke de schuldenaar zich hier door

---

(1) TOULLIER, VI, n. 538; DURANTON, XI, n. 80; ZACHARIAE, I, § 302, bl. 315 en n. 5; MARCADÉ, IV, n. 563; VERHEIJEN, bl. 52.

zijn eigen toedoen aansprakelijk heeft gemaakt. En die vergoeding schijnt hij ook dan te kunnen vorderen, wanneer hij tot het verbreken der verbindtenis besluit (1). De woorden der wet laten zoowel toe, dat die vergoeding tot beide gevallen, als dat zij tot het laatste alleen in verband gebragt wordt, maar het eerste is het meest aannemelijk, omdat de reden der wet voor beide gevallen dezelfde is.

175. De wet zegt niet, wat het geval zal zijn, zoo de zaak in waarde is vermeerderd door eene vermeerdering of verbetering der zaak zelve; en men heeft de bepaling van art. 1300 *c* B. W. ook daarom afgekeurd, dat de schuldeischer evenzeer de nadeelen moest dragen, als de voordeelen voor hem zouden zijn (2). Hoe billijk dit zijn mag, geloof ik echter niet, dat men uit art. 1300 *c* B. W. mag afleiden, dat de schuldenaar in geval van vermeerdering dezelfde regten heeft, als de schuldeischer in geval van vermindering in waarde. De wet heeft dit nergens gezegd; en nu erlangt de voorwaardelijke schuldeischer door de vervulling der voorwaarde werkelijk aanspraak, om tegen den uitgeloofden prijs de zaak te hebben zoo als zij dan is, en dus met alles, wat dan tot haar behooren zal en haar mede uitmaakt (3). De wetgever heeft bij verandering der waarde alleen den schuldeischer de keuze gegeven, en deze keuze kwam alleen te pas in geval van vermindering, niet van vermeerdering der waarde. De schuldenaar wordt ook niet benadeeld door het voordeel, dat de schuldeischer op die wijze kan genieten.

176. Verschillend wordt er gedacht over de vraag, of de schuldeischer bij de vervulling der voorwaarde ook geregtigd is tot de vruchten, genoten na den tijd, waarop de voorwaardelijke verbindtenis geboren is (4). Wat er ook voor eene ontkennende beantwoording schijnt gezegd te kunnen worden, in het algemeen en zonder dat van eene tegenovergestelde bedoeling der partijen blijkt, is zij onaannemelijk. De schuldenaar is tot aan de vervulling der voorwaarde niet als bezitter te goeder trouw te beschouwen; hij kent de betrekking, waarin hij staat tot de zaak, die de vruchten heeft opgeleverd. Hij is eigenaar dier zaak en als zoodanig geregtigd tot het genot der vruchten; en hij zou het ook zijn om ze te behouden, zoo zijn eigendomsregt niet afhankelijk was van zekere voorwaarde. Nu is aan de vervulling van deze in art. 1297 *a* B. W. eene terugwerkende kracht toegekend, die, gelijk wij vroeger (n. 161)

---

(1) Verg. MARCADÉ, IV, n. 562. — (2) DURANTON, t. a. p.; POTHIER, n. 219, spreekt ook van beide in éénen adem. — (3) Verg. ZACHARIAE, I, § 302, 2°, bl. 315. — (4) Ontkennend werd geantwoord in de 1e uitg., en door TOULLIER, VI, n. 541, 548; DURANTON, XI, n. 82; VERHEIJEN, bl. 26. Anders ZACHARIAE, I, § 302, 2°, bl. 315, n. 4; MARCADÉ, IV, n. 559; v. SAVIGNY, III, bl. 152; OPZOOMER, II, bl. 279 en v.

zagen, in het algemeen moet worden erkend, zoo dikwijls de wet het tegendeel niet bepaalt, wat ten aanzien der vruchten niet heeft plaats gehad. Ook ten aanzien van deze moet dus de verbindtenis werken, alsof zij terstond volkomen en zuiver ware geweest. Wel zijn de genotene vruchten intusschen zaken op zich zelve geworden, en behooren zij niet meer tot de zaak, die het onderwerp der verbindtenis was; maar toen deze werd geboren, en dus op het tijdstip, waartoe nu alles moet worden teruggebragt, waren zij nog geene daarvan afgescheidene zaken.

177. De schuldeischer geniet voorts ontegenzeggelijk de vruchten sedert de vervulling der voorwaarde. Wat nu de kosten van bebouwing enz. betreft, voor die vruchten aangewend, er wordt over zijne verpligting tot vergoeding deswege verschillend gedacht (1). Men schijnt hier in het algemeen bij analogie te kunnen volgen, hetgeen ten aanzien van den vruchtgebruiker door de wet is bepaald.

178. De achteruitwerkende kracht van de vervulling der voorwaarde heeft ten gevolge, dat de schuldeischer niet alleen eene persoonlijke regtsvordering heeft tegen den schuldenaar, die hangende de voorwaarde de zaak heeft verkocht en haar daardoor niet kan leveren, maar ook de vernietiging van de vervreemding of bezwaring van het onroerend goed kan vorderen (2), indien zijn voorwaardelijk regt door overschrijving der akte als zoodanig was gevestigd, tot welk geval die stelling onder onze wetgeving natuurlijk moet beperkt worden.

179. Maar voor dat geval geldt zij ook algemeen, hoedanig ook de aard der voorwaarde zij; art. 1297 *a* B. W. toch is niet tot eene enkele soort van voorwaarden bepaald. Er is beweerd, dat hetzelfde niet zou kunnen worden aangenomen, wanneer de vervulling der voorwaarde van den wil des schuldenaars afhangt, en dat dan aan derden hun regt op de zaak, dat zij hangende de voorwaarde bekomen hadden, niet kan worden ontnomen (3). Dat de derden zich bij die vervulling der voorwaarde door eene daad van hem, met wien zij handelden, niets te verwijten hebben, is zeker, maar bewijst niets, omdat hetzelfde ook bij andere voorwaarden geldt. Dat de voorwaardelijke schuldeischer niets had kunnnen vorderen, zoo de voorwaarde niet vervuld was, is ook waar; maar ook dit is bij alle voorwaarden het geval, zonder dat daaruit volgen kan, dat ook hare vervulling hem geen regt kan geven. De schuldenaar droeg ook zeer zeker aan den derde het regt op, dat hij zelf had; maar dit regt moet men

(1) Ontkennend TOULLIER, VI, n. 541. Anders VERHEIJEN, bl. 53 en v. — (2) ZACHARIAE, I, § 302, bl. 315. — (3) Verg. TOULLIER, VI, n. 546; ZACHARIAE, I, § 302, 2, bl. 315 en n. 2.

niet voorstellen als een eigendom, die alleen door zijnen wil en zijne daad kon worden ontbonden, zoodat nu ook die ontbinding slechts een gevolg zou kunnen zijn van den wil en de daad van dien derde, maar als een eigendom, die ontbonden zou worden door de vervulling der voorwaarde, bestaande in eene bepaalde daad van iemand, die op zich zelf daartoe niet onbevoegd was. Dat de schuldenaar bij den verkoop van het goed aan eenen derde zich de bevoegdheid benam om het aan een' ander te vervreemden, is van geene kracht, waar geen sprake is van vervreemding, maar alleen van de vervulling eener voorwaarde, gesteld vóór dien verkoop, en dus ook van dezen geheel onafhankelijk. De bepaling van art. 1727 B. W. zal voorts wel te vreemd zijn aan ons ónderwerp, om ook bij analogie te kunnen worden toegepast; dáár kon de oorzaak van de herroeping der schenking kwalijk vooruitgezien worden, hier was de voorwaarde en daarmede de mogelijkheid harer vervulling bekend (1).

§ 12.

Van de ontbindende voorwaarden in het bijzonder.

180. »Eene ontbindende voorwaarde is", volgens art. 1301 *a* B. W., »de zoodanige welke, na hare vervulling, de verbindtenis doet ophouden, en de zaken weder tot den vorigen stand doet terug keeren, even als of er geene verbindtenis bestaan had." Zij schort dus, gelijk ook art. 1301 *b* zegt, de nakoming der verbindtenis niet op; deze werkt tot aan de vervulling der voorwaarde even als eene zuivere verbindtenis. Wanneer de voorwaarde ontbreekt, blijft alles alsof zij eene zuivere verbindtenis was; maar wanneer de voorwaarde vervuld wordt, wordt de verbindtenis ontbonden, alsof zij nooit bestaan had.

181. Wanneer zij dus nog niet ten uitvoer gebragt is vóór de vervulling der voorwaarde, zoo volgt die uitvoering ook niet. Wanneer zij reeds uitgevoerd is, is, volgens art. 1301 *b* B. W., de schuldeischer, in geval de bij de voorwaarde bedoelde gebeurtenis stand grijpt, verpligt, hetgeen hij ontvangen heeft, terug te geven. En even als de schuldeischer daartoe verpligt is, zijn het ook derden, welke de zaak van hem gekregen hebben, op wie hij geen vaster regt kon overdragen dan hij zelf had; indien namelijk de ontbindende voorwaarde aanstonds bij het aangaan der verbindtenis was gesteld en als bestanddeel in de overeenkomst opgenomen, zoodat zij ook aan het zakelijk regt zelf, dat de schuldeischer kreeg, verbonden was. Zoo zij toch eerst later tusschen den schuldeischer en den schuldenaar bedongen is, werkt zij wel tusschen deze, maar ook alleen

(1) Verg. OPZOOMER, II, bl. 281 en v.

persoonlijk tusschen dezen, zonder tevens het zakelijk regt des schuldeischers als zoodanig te wijzigen, zoodat derden daarvan de gevolgen niet kunnen ondervinden (1).

182. Daar de zaken tot den vorigen stand teruggebragt worden, even alsof er geene verbindtenis bestaan had, moet de schuldenaar de zaak terugontvangen, alsof zij nooit aan den schuldeischer had toebehoord. Hypotheken, door dezen op het goed gelegd, zijn dan ook, volgens art. 1215 B. W., aan dezelfde ontbinding onderworpen. Ook hier toch heeft de vervulling der voorwaarde eene achteruitwerkende kracht. Zoo moet dan ook, waar het tegendeel niet uit de overeenkomst voortvloeit, de schuldeischer de vóór de vervulling der voorwaarde genotene vruchten teruggeven of met de andere partij verrekenen (2); en al wat tot de zaak behoort, b. v. de aanspoeling, welke hangende de voorwaarde het goed heeft vergroot, valt hiermede den oorspronkelijken eigenaar ten deel. Dezen moet wel vergoed worden de vermindering, die de zaak door toedoen van den tijdelijken eigenaar heeft ondergaan, maar de vermindering, die het goed buiten diens toedoen geleden heeft, ja zelfs het geheele verlies der zaak, is voor zijne rekening; onverminderd zijne verpligting om terug te geven wat hij van den ander bekomen heeft, omdat het ook in dezen moet zijn, alsof de verbindtenis nooit had bestaan (3).

183. De schuldeischer moet teruggeven in geval de bij de voorwaarde bedoelde gebeurtenis stand grijpt. De vervulling der voorwaarde oefent in het algemeen, en behoudens de uitzondering in art. 1302 *c* B. W., van regtswege hare werking uit, zonder dat de ontbinding der verbindtenis door den regter behoeft te worden uitgesproken. Het stilzwijgen der partijen doet dus den bestaanden staat van zaken niet voortduren; zij kunnen dezen slechts door eene nieuwe overeenkomst herstellen, die dan alleen werkt sedert haar bestaan. Dit geldt zoowel bij ontkennende als bij stellige voorwaarden; zoowel bij die, welke in de magt van eene der partijen staan, als bij die, welke geheel van het toeval en den loop der omstandigheden afhankelijk zijn. Art. 1301 *a* B. W. zegt in het algemeen, dat de ontbindende voorwaarde na hare vervulling de verbindtenis doet ophouden, en art. 1302 *b* en *c* B. W., in de daar behandelde gevallen uitdrukkelijk eene aanvraag in regten vorderende, toonen daardoor nog te meer, dat de ontbindende voorwaarde anders in den regel van

---

(1) TOULLIER, VI, n. 578; ZACHARIAE, I, bl. 302, 3, bl. 316, n. 3. — (2) Verg. TOULLIER, VI, n. 563; ZACHARIAE, I, § 302, 3, bl. 316; MARCADÉ, IV, n. 564; PUCHTA, *Vorl.*, I, bl. 130 en v. Anders in de 1e uitg. Zie ook DURANTON, XI, n. 94; VERHEIJEN, bl. 60. — (3) Verg. DURANTON, XI, n. 91. Zie echter MARCADÉ, IV, n. 564 en v., volgens wien de vervulling der voorwaarde alleen terugwerkt, wanneer zij plaats heeft vóór het vergaan der zaak.

regtswege werkt (1). Het kan wel zijn, dat ook hier over de vraag, of de voorwaarde al of niet vervuld is, tusschen partijen verschil ontstaat; dit belet echter hare werking van regtswege niet. En wanneer dan bij regterlijk vonnis beslist wordt, dat de voorwaarde vervuld is, wordt de verbindtenis gerekend niet op den dag van het vonnis, maar op dien der vervulling ontbonden te zijn; iets, hetgeen ook bij de achteruitwerkende kracht hiervan niet geheel onverschillig is, omdat de tijdelijke bezitter der zaak na die vervulling haar niet meer met regt bezat en gebruikte, en elke daad, die der andere partij nadeelig kon wezen, te zijnen aanzien eene onregtmatige daad wordt. In allen gevalle is de regterlijke uitspraak voor deze ontbinding niet noodig.

183 *a.* Ook bij de vervulling eener ontbindende voorwaarde behoeft evenwel soms niets teruggegeven te worden van hetgeen ontvangen of genoten is, wanneer volgens de bedoeling der partijen die vervulling alleen de latere werking der verbindtenis zal opheffen, maar geen invloed hebben op de uitvoering, die zij reeds heeft gehad. Dit kan b. v. het geval zijn, waar iemand een' ander een zeker jaarlijksch inkomen toezegt, maar van die verpligting ontheven zal zijn, wanneer deze eene vaste betrekking heeft bekomen. Alsdan zal, wanneer dit heeft plaats gehad, de verpligting voor het vervolg niet meer bestaan, maar het vroeger uitgekeerde kan niet teruggevorderd worden (2).

184. Dikwijls wordt in de overeenkomst bedongen, dat de verbindtenis ontbonden zal zijn, wanneer eene der partijen niet aan hare verpligtingen voldoet (3). Zoodanig beding, ook lex of clausula commissoria, pactum commissorium, genoemd, is echter in het algemeen niet noodig; immers, de ontbindende voorwaarde wordt, volgens art. 1302 *a* B. W., altijd verondersteld in wederkeerige overeenkomsten plaats te grijpen, in geval eene der partijen aan hare verpligting niet voldoet. Beide partijen hebben zich natuurlijk aan elkander verbonden in het vooruitzigt, dat ook de andere aan hare verpligting zal voldoen, en waar dit nu niet geschiedt, daar moet ook de tegenpartij van de verbindtenis ontheven kunnen worden (4). De bepaling geldt daarom ook alleen voor wederkeerige overeenkomsten (5).

185. Deze ontbindende voorwaarde werkt echter niet van regtswege, maar de ontbinding moet, volgens art. 1302 *b* en *c* B. W., in regten

---

(1) Toullier, VI, n. 550 en v.; duranton, XI, n. 85; zachariae, I, § 302, 3, bl. 316 en n. 4. — (2) Verg. marcadé, IV, n. 566. — (3) De beslissing van dit punt kan zelfs aan eene der partijen worden overgelaten. Verg. Gelderland 11 Febr. 1846, *R. en W.*, I, bl. 223—230; *R. B.*, VIII, bl. 217 en v.; *W.* 706; H. R. 30 Oct. 1846, *W.* 764 — (4) Gelderland 3 Febr. 1858, *N. R. B.*, VIII, bl. 275 en v. — (5) De pinto, II, § 689, bl. 354; 3e uitg. § 739, bl. 446; schüller, op art. 1302 B. W.

gevraagd worden. Door eene eenmaal wettig bestaande verbindtenis zijn beide partijen verbonden; zij zijn dit door de verbindtenis zelve en niet eerst door hare nakoming aan de andere zijde, en geene van haar mag zich nu eigendunkelijk van die verbindtenis ontslagen achten, onder voorwendsel of op grond dat daaraan door de andere niet wordt voldaan, zoolang de verbindtenis zelve niet door den regter vernietigd is (1).

186. De woorden »in dat geval" in den aanhef van art. 1302 *b* B. W., doen op zich zelve vermoeden, dat alleen in geval der daar bedoelde stilzwijgende voorwaarde de verbindtenis niet van regtswege is ontbonden. Zij schijnen daarom minder gepast, nu men in art. 1302 *c* leest, dat de aanvrage in regten zelfs ook dan moet plaats hebben, wanneer de ontbindende voorwaarde wegens het niet-nakomen der verpligting in de overeenkomst is uitgedrukt. Naar het Fransche regt bestaat hieromtrent verschil van gevoelen, en schijnt het tegendeel van 1302 *c* meest aangenomen te zijn: onze wetgever heeft dit punt uitdrukkelijk beslist; en het mag inderdaad voor de gevolgen ook onverschillig zijn, of eene voorwaarde in de overeenkomst is uitgedrukt, of wel krachtens eene wettelijke veronderstelling als bestaande beschouwd moet worden. In beide gevallen is ook evenzeer de vraag, of eene der partijen aan de verbindtenis voldaan heeft of niet, voor tegenspraak vatbaar, en dus op dit punt eene regterlijke beslissing noodig (2). Het schijnt dan ook, dat partijen zelve door een beding van het tegendeel daarvan niet mogen afwijken (3).

187. In beide gevallen staat het bovendien evenzeer aan hem, te wiens opzigte de verbindtenis niet is nagekomen, of hij hare ontbinding vorderen wil of niet. In algemeene bewoordingen toch bepaalt art. 1303 B. W., dat hij de keus heeft, om óf de andere partij, indien zulks mogelijk is, tot de nakoming der overeenkomst te noodzaken, óf de ontbinding van deze te vorderen, met vergoeding van kosten, schaden en interessen.

188. Art. 1303 B. W. kent die keuze toe aan dengene, te wiens opzigte de verbindtenis niet is nagekomen, en dit kan naar omstandigheden óf de eene óf de andere partij zijn. Het komt mij echter niet voor, dat men uit de uitdrukking der wet moet afleiden, dat die partij zelve noodwendig van haren kant aan de verbindtenis voldaan

---

(1) Verg. MARCADÉ, IV, n. 568 en v.; DE PINTO, II, § 689, bl. 354; 3e uitg. § 739, bl 446; Gelderland 20 Nov. 1844, *R. B.*, VII, bl. 641—645; Nijmegen, *W.* 760; mr. KARSEBOOM, in *N. R. B.*, III, bl. 222 en v.; Amsterdam 5 Jan. 1853, t. z. p., bl 225 en v. — (2) ASSER, § 693; DE PINTO, II, § 689, bl. 354 en v.; 3e uitg. § 739, bl. 446 en v. Verg. ZACHARIAE, I, § 302, 3, bl. 316 en n. 5. Anders TOULLIER, VI, n. 554; DURANTON, XI, n. 88. — (3) Verg. Nijmegen 1848, *W.* 882.

moet hebben (1), en dat, gelijk de hooge raad (2) heeft aangenomen, volgens art. 1302 *a* B. W., de ontbinding alleen zou kunnen plaats hebben indien ééne der partijen aan hare verpligting niet voldoet, en niet wanneer ook aan de andere zijde daaraan niet voldaan is. Art. 1302 B. W. vordert zoo iets niet, maar spreekt algemeen, en de verbindtenis, die aanstonds beiden verbindt, kan ook gezegd worden niet nagekomen te zijn ten opzigte van hem, die zelf haar niet nagekomen heeft. Art. 1302 *a* geeft, mijns bedunkens, evenmin aanleiding om aan de uitdrukking »eene der partijen" eene zoo bepaalde beteekenis toe te kennen. De bedoeling der wet schijnt in het algemeen enkel te zijn, dat, wanneer de eene partij de verbindtenis niet nakomt, de andere hare ontbinding vragen kan, zoo zij niet liever de nakoming vorderen wil.

189. Het komt mij daarom voor, dat men daartoe bevoegd kan zijn, niet alleen wanneer men zelf de verbindtenis heeft nagekomen, maar ook wanneer men dit niet heeft gedaan (3). Wel zal niet elke partij onvoorwaardelijk aanstonds eene verbindtenis kunnen doen vernietigen, die eene van beiden niet zou kunnen verbreken; maar wanneer er een termijn bepaald is, binnen welken de verbindtenis vervuld moet worden, of wanneer, bij gebreke daarvan, de eene partij met aanbod van nakoming harerzijds de andere tot nakoming heeft gesommeerd, en deze evenwel is uitgebleven, dan zal het wel niet twijfelachtig zijn, dat de vervulling der verbindtenis in regten gevorderd kan worden, maar dan moet ook evenzeer de bevoegdheid tot het vorderen van ontbinding bestaan, omdat art. 1303 B. W. tusschen die beide vorderingen de keuze geeft. Alleen zal in zoodanig geval de partij, tegen welke de eene of de andere vordering is ingesteld, ook harerzijds, reconventioneel, te harer keuze eene vordering kunnen instellen (4). Wanneer dan wederzijds nakoming der verbindtenis gevorderd wordt, kan zij bij vonnis bevolen worden ten behoeve van beide partijen; zoo slechts van de ééne zijde nakoming en van de andere ontbinding gevorderd wordt, kan de regter naar omstandigheden uitspraak doen, en ook ten behoeve der eerstbedoelde partij gebruik maken van art. 1302 *d* B. W.; indien eindelijk aan beide kanten ontbinding gevorderd wordt, kan ook deze ten behoeve van beide partijen worden uitgesproken, terwijl daarbij de wederzijdsche verpligting tot vergoe-

---

(1) Verg. mr. J. J. L. VAN DER BRUGGHEN, in *Bijdr. t. R. en W.*, XII, bl. 100. — (2) Zie H. R. 30 Dec. 1842, V. D. H., *B. R.*, IV, bl. 188 en v.; *W.* 362; VERNEDE, op art. 1303 B. W. — (3) Verg. mr. J. A. FRUIN, in *Themis*, 2, IV, bl. 345—370. In het algemeen behoeft er aan de verbindtenis nog geene uitvoering gegeven te zijn; Gelderland 19 Dec. 1855, *N. R. B.*, VI, bl. 130 en v., 139. — (4) DE PINTO, II, § 689, bl. 354; 3e uitg. § 739, bl. 446. Verg. ook mr. VAN MAANEN, bij V. D. H., t. a. p., bl. 186.

ding van kosten, schaden en interessen over en weder, althans ten deele, te niet zal gaan.

190. Maar aan de zijde van den verweerder is in den regel noodig, dat de niet-nakoming der verbindtenis, zoo al niet het gevolg van opzet, toch aan hem te wijten zij. Wanneer hem dit onmogelijk is geweest, wegens het te niet gaan der zaak, die voor rekening van de andere partij was, dan blijft deze harerzijds verbonden, zonder de onmogelijk gewordene nakoming aan de andere zijde te kunnen vorderen, en zonder zich ook door eene vordering tot ontbinding van hare verbindtenis te kunnen doen ontheffen (1). Eveneens zal, wanneer de nakoming der verbindtenis aan de eene zijde afhankelijk is van die aan de andere zijde, of althans niet wel mogelijk is zonder eenige voorafgaande handeling, waartoe de andere partij verpligt is, wel gene tegen deze, maar niet deze tegen gene, ontvankelijk zijn om hetzij de nakoming, hetzij de ontbinding der verbindtenis in regten te vorderen, wanneer laatstgenoemde zich ten minste bereid verklaart de verbindtenis na te komen, zoodra zij daartoe van de andere zijde in staat wordt gesteld.

191. Art. 1303 B. W. geeft de keus, om óf de andere partij, indien zulks mogelijk is, natuurlijk in regten, tot de nakoming der overeenkomst te noodzaken, óf de ontbinding van deze te vorderen, met vergoeding van kosten, schaden en interessen; tot ééne van deze vorderingen moet men zich dus bepalen, maar kan ze niet te gelijker tijd instellen (2), hetgeen ook onderling tegenstrijdig zou zijn. Wel kan op zich zelf somtijds nakoming der verbindtenis voor het verledene gepaard gaan met hare ontbinding voor het vervolg, maar door de eerste zou juist de grond, waarop alleen ontbinding kan worden gevorderd, ophouden te bestaan, en alzoo het gevolg der eene vordering de andere ongegrond maken. Zoodanige cumulatie is dan ook inderdaad niet noodig, daar in de vergoeding van kosten, schaden en interessen, die de ontbinding vergezelt, de voldoening begrepen is van alles, wat tot aan de ontbinding uit hoofde der verbindtenis voldaan moest worden, en welks niet-voldoening dus de geledene schade veroorzaakte (3).

192. Ook moet men, na eerst eene keuze gedaan en doorgevoerd te hebben, zich aan die keuze houden. Wel kan men afstand van de instantie doen, en daarna een anderen eisch instellen (4), maar anders

---

(1) Verg. SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1302 B. W. — (2) Verg. Amsterdam 14 Nov. 1843, *R. B.*, V, bl. 810 en v. Amsterdam 25 Julij 1849, *W.* 1055; Overijssel 22 Jan. 1850, *W.* 1123; arr. Groningen 14 Nov. 1851, *N. R. B.*, IV, bl. 378 en v. Anders kgr. Tiel 2 Mei 1844, *W.* 527. — (3) Verg. Assen 23 Febr. 1846, *W.* 814; Breda 11 Jan. 1853, *W.* 1416. — (4) Verg. MARCADÉ, IV, n. 567.

kan hij, wien, na het instellen van een eisch tot voldoening, deze wordt aangeboden, haar niet afwijzen, om nu ontbinding te vragen. Na de voldoening ten gevolge van een vonnis kan men geene ontbinding op grond derzelfde wanbetaling eischen, die tot de eerste vordering aanleiding gaf (1), en in het algemeen kan men terzelfder zake niet eerst de eene, later de andere actie instellen. Het spreekt echter van zelf, dat, wanneer de eene partij, hoezeer daartoe veroordeeld in regten, nog aan de verbindtenis niet voldoet, en hiertoe door geene tenuitvoerlegging van het vonnis kan worden gedrongen, de andere daarna niet meer op grond harer vroegere vordering in die tot ontbinding niet-ontvankelijk kan geacht worden, omdat hier haar voornemen, om de andere partij tot nakoming der overeenkomst te noodzaken, onbereikbaar bevonden is (2). Men kan die ontbinding met schadevergoeding zelfs aanstonds subsidiair eischen bij de vordering tot voldoening, voor het geval, dat deze niet mogt volgen; ook dan toch bestaat er geene cumulatie van actiën (3).

193. Art. 1303 B. W. verbindt de vordering tot vergoeding van kosten, schaden en interessen aan die tot ontbinding der verbindtenis, omdat, waar deze wegens de schuld van eene der partijen ontbonden moet worden, die partij wel altoos gehouden moet zijn de schade te vergoeden, welke daaruit voor de andere is voortgevloeid, en naar den aard der zaak in den regel moet voortvloeijen. Vanhier dat den eischer zijne conclusiën tot vergoeding van kosten, schaden en interessen ook dan kunnen worden toegewezen, wanneer hij nog niet reeds heeft aangetoond, dat en welke schade door hem is geleden, maar de schade op zichzelve niet twijfelachtig is, terwijl van het bedrag later een staat moet worden opgemaakt, en daarmede gehandeld naar het voorschrift der wet (4).

193 *a.* Art. 1303 B. W. laat bovendien zeer goed eene opvatting toe, volgens welke de vordering tot vergoeding van kosten, schaden en interessen evenzeer verbonden kan worden aan die tot nakoming der overeenkomst, gelijk trouwens in het algemeen die vergoeding ook wegens vertraging in de uitvoering verschuldigd kan zijn (5). Art. 1303 strekt voorzeker niet tot beperking van regten. Het belet ook geenszins, dat alleen schadevergoeding gevorderd wordt; al wil men daarin eene derde regtsvordering zien, zoo wordt deze toch door de toelating der beide andere niet uitgesloten (6). Ook neemt het niet

---

(1) Verg. Leyden 18 Febr. 1840, Holland 9 Maart 1840, *W.* 91, 94 — (2) Verg. mr. D. AM. V. D. HOEVEN, in *N. R. B.*, II, bl. 317—320, tegen kgr. Oostburg 21 Julij 1851, *N. R. B.*, II, bl. 228. — (3) Verg. Amsterdam 29 Nov. 1844, *R. B.*, VII, bl. 287; Leyden 12 Mei 1846, *W.* 740. — (4) Verg. H. R. 30 Oct. 1846, *W.* 764. Zie ook H. R. 25 Mei 1855, *W.* 1649. — (5) MARCADÉ, IV, n. 567. — (6) Verg. R., in *W* 1554. Anders echter H. R. 9 Junij 1854, *W.* 1548.

weg, dat door hem, die geene ontbinding der overeenkomst vorderen wil, ook eenvoudig schadevergoeding gevraagd kan worden voor hetgeen de ander tegen de verbindtenis heeft verrigt als onregtmatige daad. De algemeene bepaling van art. 1401 B. W. bewijst dit, en die vordering zou zelfs eenigermate gelijk gesteld kunnen worden met die tot nakoming der verbindtenis (1).

194. Wannner degene, te wiens opzigte de verbindtenis niet is nagekomen, hare ontbinding vordert, moet deze, zoo de ontbindende voorwaarde uitdrukkelijk is gesteld, door den regter worden uitgesproken, zonder dat deze de tegenpartij nog in de gelegenheid kan stellen om aan de verbindtenis te voldoen. Maar »indien de ontbindende voorwaarde niet in de overeenkomst is uitgedrukt, staat het den regter vrij om, naar gelang der omstandigheden, aan den verweerder, op deszelfs verzoek, eenen termijn te gunnen om alsnog aan zijne verpligting te voldoen"; art. 1302 *d* B. W. De aanhef dezer bepaling beperkt hare werking uitdrukkelijk tot het geval, dat de ontbindende voorwaarde niet in de overeenkomst is bedongen; en zulks teregt, daar anders de overeenkomst tusschen partijen geldt als wet en hare onschendbaarheid ook door den regter niet kan worden aangerand. Maar om op dien grond den regter de hem hier toegekende bevoegdheid te ontzeggen, moet dan ook wezenlijk de ontbindende voorwaarde zijn uitgedrukt; dat er enkel een termijn van betaling is bepaald, heeft die uitwerking niet (2). In het andere geval kon de wet de gevolgen verzachten van hetgeen zij zelve heeft vastgesteld, ten aanzien van hem, die nog te goeder trouw de verbindtenis wil vervullen (3).

195. Ook in dit geval kan de regter den termijn niet verleenen, dan op verzoek van den verweerder; het moet de wensch van dezen zijn, om de verbindtenis nog te vervullen, anders kan hij daartoe door den regter niet gedrongen, aangemoedigd of in de gelegenheid gesteld worden, op eene vordering tot ontbinding der verbindtenis. Ook op verzoek van den verweerder behoeft voorts de regter den termijn niet toe te staan; het staat hem slechts vrij, en hij doet dit dus enkel naar gelang der omstandigheden, wanneer deze hem toeschijnen zulks oorbaar te maken. Natuurlijk kan hij het in geen geval doen, wanneer de verbindtenis niet meer in den tijd en op de wijze, bij de overeenkomst bedoeld, vervuld kan worden (4).

---

(1) Anders echter kgr. Assen 6 Julij 1848, *W.* 942; *Regtsg. Adv.*, V, bl. 113 en v. Verg. Assen 18 Oct. 1841, *W.* 948; Assen 29 Junij 1855, *W.* 1691; *N. R. B.*, V, bl. 581 en v.; Assen 19 Junij 1854, *N. R. B.*, VII, bl. 32 en v. — (2) Verg. mr. J°. DE VRIES. JZN., in *Themis*, 2, II, bl. 560—274. — (3) Verg. VOORDUIN, V, bl. 34; ASSER, § 693; DE PINTO, II, § 689, bl. 355; 3e uitg. § 739, bl. 447; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1302 B. W. Verg. voorts Gelderland 8 Febr. 1854, *W.* 1530; *N. R. B.*, IV, b 245 en v. (4) Verg. S. M., in *Opm. en Med.*, X, bl. 185 en v.

196. Naar gelang dier omstandigheden bepaalt de regter, zoo hij een' termijn verleenen wil, ook de langdurigheid daarvan, mits niet boven den tijd van ééne maand. De onbepaalde vrijheid, die art. 1184 C. N. in dezen geeft, heeft onze wetgever niet willen toelaten. Hij heeft echter tevens begrepen, dat de wet geen vasten termijn, op alle gevallen toepasselijk, behoort vast te stellen, maar dat aan het oordeel van den regter telkens behoort te worden overgelaten, niet alleen of de gebrekige partij eenig uitstel verdient, maar ook hoelang de termijn zal duren, terwijl men evenwel de magt van den regter, door de bepaling van een maximum, heeft beperkt (1).

197. Daar de ontbinding wegens het niet-nakomen der verbindtenis niet van regtswege plaats heeft, maar in regten gevraagd moet worden, is er natuurlijk eene regtsvordering tegen de andere partij noodig, maar kan men niet, met voorbijgaan van deze, de vernietiging vragen van regten, die derden van haar bekomen hebben en die met de ontbinding van haar regt ook moeten ophouden (2). Maar waar de ontbinding tusschen partijen werkelijk uitgesproken is, daar zal men ook tegen derden de werking daarvan kunnen inroepen, evenzeer als wanneer de ontbinding het gevolg is eener uitdrukkelijk bedongene ontbindende voorwaarde. De heer NICOLAÏ, die in zijne redevoering, in 1825 ter aanprijzing van het Ontwerp gehouden, op dit punt bepaaldelijk nederkomt, begint met te onderscheiden, of de akte van verkoop, waarvan b. v. de ontbinding plaats had, is overgeschreven of niet, terwijl in het laatste geval geene geldige hypotheek op het verkochte goed heeft kunnen verleend worden. In het eerste geval onderscheidt hij op nieuw: »Si le contrat de vente a été transcrit *en entier*, et qu'il en résulte que le prix d'achat n'a pas été payé au vendeur, soit en entier, soit en partie, le créancier, qui aura postérieurement acquis une hypothèque sur l'immeuble, n'aura qu'une hypothèque soumise à la même condition résolutoire que celle qui domine la vente. Il ne pourra pas se plaindre. Il a connu, ou il a pu connaître, par l'inspection des registres publics, l'étendue des droits dont le contrat avait investi l'acheteur, devenu son débiteur. Mais si le contrat de vente n'avait été transcrit *que par extrait* et de manière qu'il fût impossible de connaître, si le prix avait été payé; ou bien si le contrat transcrit portait en toutes lettres que le prix avait été acquitté, quoiqu'une contrelettre ou toute autre stipulation énonçat le contraire, dans cette hypothèse, la vente pourrait encore être réso-

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 36 en v. Art. 1328 *d* Wetb. v. 1830 vergunde den verweerder de ontbinding tegen te gaan, door aan zijne verpligting te voldoen binnen twintig dagen, te rekenen van dien der regtsvordering. — (2) Verg. DURANTON, XI, n. 95.

lue; mais les charges imposées par l'acheteur demeureraient intactes; parcequ'on ne peut, soit par des omissions volontaires dans les registres publics, soit par des conventions particulières et secrètes, porter atteinte aux droits légalement acquis par des tiers" (1). Ik geloof echter, dat deze onderscheiding willekeurig en niet in de wet gegrond is; daar toch in elk geval, gelijk ook de heer NICOLAÏ aanmerkt, de verkoop zelf evenzeer ontbonden wordt, heeft ook in elk geval de kooper evenzeer slechts een zoodanig regt, 'twelk in zekere gevallen kan worden ontbonden of te niet gedaan. En die dit hebben, kunnen, volgens art. 1214 B. W., geene hypotheek toestaan, die niet aan dezelfde ontbinding of tenietdoening onderworpen is; terwijl de wet hier volstrekt niet onderscheidt, op welke wijze dit ontbindbaar regt ontstaan of in de openbare registers omschreven is, maar alleen op het wezen van het regt ziet. Derden hebben zich dan ook in het algemeen van den waren staat van zaken moeten overtuigen, of niet met den kooper handelen; of wel zij nemen, onverminderd hun verhaal op dezen, de schade voor zich, die daaruit voor hen zou kunnen voortvloeijen.

AFDEELING VI.

§ 13.

Van verbindtenissen met tijdsbepaling.

198. Eene verbindtenis met tijdsbepaling is eene zoodanige, aan wier uitvoering een zekere termijn verbonden is (2). Die tijdsbepaling schort, gelijk art. 1304 B. W. zegt, de verbindtenis niet op, maar slechts hare uitvoering, welke, waar de verbindtenis zuiver is, aanstonds kan plaats hebben en over en weder gevorderd worden, maar hier tot zekeren tijd is verschoven, gelijk het Ontwerp van 1824 zich uitdrukte (3).

199. De verbindtenis met tijdsbepaling verschilt dus zeer van die onder eene opschortende voorwaarde, welke de verbindtenis zelve

(1) VOORDUIN, V, bl. 35 en v. Verg. VERNEDE, op art. 1302 B. W. — (2) In de bepalingen wordt veelal alleen van het niet-vorderen gesproken; dit schijnt echter te eenzijdig. Zie POTHIER, n. 228; DURANTON, XI, n. 96; V. ASSEN, § 288, bl. 317. — (3) VOORDUIN, V, bl. 37; POTHIER, n. 227; TOULLIER, VI, n. 650; MARCADÉ, IV, n. 571.

opschort, en van wier vervulling deze zoodanig afhankelijk is, dat vóór dien tijd geene stellige regten en verpligtingen bestaan. Bij de voorwaardelijke verbindtenis is het onzeker, of zij ooit in werking zal treden, omdat zij afhangt van eene onzekere gebeurtenis. Hier bestaat geene onzekerheid en wordt ook de uitvoering verschoven tot een tijdstip, dat zeker komen zal; zoodat de verpligting zelve om te voldoen wel aan dien termijn verbonden, maar niet daarvan als van iets onzekers afhankelijk is (1).

200. Het is voor het begrip eener tijdsbepaling niet noodig, dat er een bepaalde dag voor de uitvoering der verbindtenis vastgesteld, en alzoo de termijn van te voren bepaald zij; deze kan ook vooreerst onbepaald wezen, doordien de uitvoering is uitgesteld tot zekere gebeurtenis. Dan is het vooreerst onzeker, op welk bepaald tijdstip de uitvoering volgen moet, en hangt dit van het voorvallen dier gebeurtenis af. Maar dat deze voorvallen zal, moet toch aanstonds zeker zijn, zal de verbindtenis geene voorwaardelijke wezen. Zoo kan de dood van eene der partijen of van een' derde als de termijn van uitvoering worden vastgesteld; het is dan zeker, dat de verbindtenis bestaat en eenmaal uitvoering erlangen zal (2).

201. Men onderscheidt ook de tijdsbepaling in eene uitdrukkelijke en stilzwijgende, naarmate zij bepaald is uitgedrukt, of alleen uit den aard der zaak moet worden afgeleid. Zoo is het, waar eene overeenkomst is aangegaan over het maaijen van graan, zeker, dat daarmede tot den tijd des oogstes gewacht moet worden (3).

202. De Fransche schrijvers onderscheiden voorts nog een' terme de droit en een' terme de grâce: de eerste is, uitdrukkelijk of stilzwijgend, een gevolg der overeenkomst; de ander is dit niet, maar door den vorst of den regter toegestaan (4). Sedert art. 122 en v. C. de P. C. hier niet meer gelden, kan bij ons de terme de grâce alleen bestaan in het geval van art. 1302 *d* B. W.

203. Daar de verbindtenis zelve door de bijgevoegde tijdsbepaling niet wordt opgeschort, maar alleen hare uitvoering, bestaat er werkelijk een schuldeischer en een schuldenaar. De laatste kan echter, wanneer de uitvoering vóór den bepaalden tijd van hem gevorderd

---

(1) Art. 1185 C. N. drukte het verschil tusschen beide verbindtenissen uit; dit is door onzen wetgever niet gevolgd, omdat het te leerstellig scheen. ASSER, § 694. — Verg. POTHIER, n. 230; DURANTON, XI, n. 103; ZACHARIAE, I, § 303, bl. 317 en n. 2; DE PINTO, II, § 697, bl. 357; 3e uitg. § 747, bl. 450; V. SAVIGNY, III, bl. 205 en v. — (2) Verg. TOULLIER, VI, n. 651; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1304 B. W.; V. SAVIGNY, III, bl. 206 en v.; PUCHTA, *Vorl.*, I, § 62, bl. 131 en v. — (3) POTHIER, n. 228; TOULLIER, VI, n. 652; DURANTON, XI, n. 100; MARCADÉ, IV, n. 571. — (4) POTHIER, n. 229; TOULLIER, VI, n. 652—661; DURANTON, XI, n. 97 en v.; ZACHARIAE, I, § 303, bl. 317.

wordt, zich op die tijdsbepaling beroepen, om den eischer niet-ontvankelijk te doen verklaren. In dien zin zeggen de Fransche schrijvers: »celui qui a terme, ne doit rien;" daarmede niet bedoelende, dat hij niet werkelijk schuldenaar is, maar alleen dat hij niet verpligt is tot voldoening, zoolang de tijd niet is vervuld (1).

204. Daarom kan, volgens art. 1305 B. W., hetgeen vooraf, d. i. vóór den bepaalden tijd, betaald is, niet worden teruggevorderd. De schuldenaar kan in dat geval geacht worden van de in zijn voordeel bestaande tijdsbepaling afstand te hebben gedaan; wat hij bij het werkelijk bestaan der schuld kon doen. In allen gevalle, en al was de vooruitbetaling ook een gevolg van dwaling of onbekendheid met de tijdsbepaling, was toch, hetgeen hij betaalde, verschuldigd, en kan dus van eene condictio indebiti hier geen sprake zijn (2). Wel vindt men op deze bepaling eene uitzondering in art. 773 W. v. K., volgens hetwelk alle op den dag van den aanvang des faillissements nog niet opeischbare schulden, welke de schuldenaar betaald heeft binnen veertig dagen vóór den aanvang van het faillissement, in den boedel worden teruggebragt; maar, behalve dat die beperking, tot hetgeen binnen veertig dagen is betaald, weder eene erkenning is van het beginsel van art. 1305 B. W., heeft die uitzondering zelve haren grond in eene geheel bijzondere omstandigheid, en in de regten der crediteuren, die een aanstaand failliet niet willekeurig mag beperken.

205. De schuldeischer kan door die vooruitbetaling een niet onbelangrijk voordeel genieten, wanneer zij hem in de gelegenheid stelt, eerder van de zaak of van de handeling genot te hebben, of renten te genieten, die hij anders niet genoot. Duranton beweert, dat de schuldenaar daarom, wanneer hij door dwaling voldaan heeft, van den schuldeischer kan vorderen, dat hij óf het betaalde teruggeve óf de renten verrekene (3). Wat de gronden betreft, door voet en anderen voor het tegenovergesteld gevoelen aangevoerd en door duranton bestreden, zij komen ook mij voor, niet beslissend te zijn. Desniettemin acht ik de stelling van dezen schrijver ongegrond. Hoezeer het toch niet te ontkennen valt, dat het hard kan zijn voor den schuldenaar, zóó nadeel te lijden ten gevolge zijner dwaling of onwetendheid, mag men evenwel met grond aanmerken, dat het toch een gevolg is der dwaling of onwetendheid van eene der partijen, die, al is de overeenkomst ook niet door haar, maar door haren erflater aangegaan, zich in regten op geene onbekendheid daarmede kan beroepen. De

(1) Toullier, VI, n. 662; zachariae, I, § 303, bl. 317, n. 5; de pinto, II, § 698, bl. 358; 3e uitg. § 748, bl. 450. — (2) De pinto, II, t. a. p.; pothier, n. 230; duranton, XI, n. 112 en v. — (3) Duranton, XI, n. 113; zie ook marcadé, IV, n. 572 en v. Anders pliester, bl. 65.

vraag, of de vooruitbetaling een gevolg van dwaling of onwetendheid is of niet, zou voorts tot zeer moeijelijke geschillen aanleiding kunnen geven, waaraan de schuldeischer, wien niets belette de betaling aan te nemen, en die haar zelfs niet mogt weigeren, niet behoort te worden blootgesteld. Maar, wat alles afdoet, de wet zelve ontzegt de terugvordering uitdrukkelijk in het algemeen: *teruggave of* renten kan de schuldenaar dus onmogelijk vorderen. En wanneer hij de teruggave niet vorderen kan, met welk regt zal hij dan renten vorderen van iets, dat hem, nu hij eenmaal heeft betaald, niet meer toekomt, en dat de schuldeischer regtens bezit en kan behouden? De wet zelve zou eene inconsequentie begaan, zoo zij, de terugvordering ontzeggende, renten toekende; maar zij heeft ook dit niet gedaan.

206. Maar hetgeen slechts op tijd verschuldigd is, kan, volgens art. 1305 B. W., niet geëischt worden vóórdat de vervaltijd is verschenen. Hiermede staat in verband, dat het evenmin vóór den vervaltijd in compensatie of vergelijking kan worden gebragt; daartoe toch vordert art. 1463 *a* B. W., dat de schulden wederzijds voor eene dadelijke opeisching vatbaar zijn. Dit geldt echter alleen dan, wanneer de verbindtenis met eene tijdsbepaling is aangegaan, wanneer er een terme de droit bestaat; bekomen uitstel van betaling toch, of de terme de grâce, verhindert, volgens art. 1464 B. W., de vergelijking niet (1).

207. De vervaltijd moet eerst verschenen zijn. Dit is slechts het geval, wanneer de termijn geheel verloopen is. De dag, waarop de voldoening plaats moet hebben, behoort nog geheel tot den termijn, en die voldoening kan daarom eerst op den volgenden gevorderd worden, als wanneer de termijn verstreken is en de schuldenaar geen verder uitstel verlangen kan (2). Vanhier dat ook bij wisselbrieven, die, volgens art. 149 W. v. K., betaalbaar zijn op den vervaldag, volgens art. 179 W v. K., bij gebreke van betaling, eerst den volgenden dag het protest moet volgen. En wanneer de voldoening der verbindtenis niet op een bepaaldelijk uitgedrukten dag moet plaats hebben, maar binnen of over een bepaald getal dagen of maanden, of binnen zooveel dagen of maanden na heden, of te rekenen van heden, wordt de dag van heden niet tot den termijn gerekend, maar begint deze eerst op den volgenden te loopen. Wij vinden dit uitdrukkelijk bepaald in art. 151 en 152 *b* W. v. K., wier bepalingen niet alleen voor het daar behandeld onderwerp, maar per analogiam van algemeene toepassing zijn; gelijk ook die van art. 132 *a* W. v.

---

(1) Pothier, n. 232; toullier, VI, n. 680. — (2) Pothier, n. 231; toullier, VI, n. 681; duranton, XI, n. 111; zachariae, I, § 303, bl. 317 en n. 7.

K., volgens welke men door maanden die der Gregoriaansche tijdrekening verstaat (1).

208. Dat het op tijd verschuldigde vóór den vervaltijd niet geëischt kan worden, belet den schuldeischer niet alle middelen in het werk te stellen, welke tot bewaring van zijn regt noodzakelijk zijn, ook wanneer daartoe eenige handeling in regten noodig mogt zijn. Art. 1298 B. W. vergunt dit zelfs den voorwaardelijken schuldeischer vóór de vervulling der voorwaarde; het kan dus hier, waar de schuld werkelijk bestaat, niet worden ontzegd. Ook kan de schuldeischer, mits op zijn eigen kosten, zoodanige voorbereidende middelen aanwenden, die voor de voldoening op den bepaalden tijd noodig zijn. Het komt mij zelfs voor, dat niets hem belet den schuldenaar in regten te roepen, opdat bij vonnis worde verklaard, dat eene handteekening echt is, dat de schuld bestaat en de schuldenaar veroordeeld om op den bepaalden tijd te betalen (2); ook daardoor toch wordt het verschuldigde niet vóór dien tijd geëischt, maar veelmeer het bestaan der tijdsbepaling erkend, en art. 1305 B. W. schijnt alleen dit te bedoelen, dat de schuldenaar niet vóór den bepaalden tijd tot betaling kan genoodzaakt worden. Ik zie hierbij zelfs geen grond om met TOULLIER en anderen te onderscheiden, of de schuldenaar al dan niet aanleiding gegeven heeft om te verwachten, dat hij op den bepaalden dag niet zal voldoen. Alleen zal, waar de schuldenaar de schuld niet tegenspreekt en in den eisch geheel berust, de schuldeischer veroordeeld moeten worden in de kosten, die alleen in geval van tegenspraak ten laste van den schuldenaar kunnen komen, omdat deze anders, bij gebreke van verpligting tot dadelijke betaling, geene aanleiding tot het regtsgeding gegeven heeft (3).

209. In den regel strekt de tijdsbepaling ten voordeele van den schuldenaar, wien er gewoonlijk meer aan gelegen is, dat hij nog niet behoeft te voldoen, dan den schuldeischer, dat nog niet voldaan behoeft te worden. Vanhier dat, tenzij het tegendeel mogt blijken, volgens art. 1306 B. W., eene tijdsbepaling altijd verondersteld wordt gemaakt te zijn ten voordeele van den schuldenaar.

210. En waar dit het geval is, daar kan hij ook afstand van zijn regt doen, en de verbindtenis uitvoeren vóór den bepaalden tijd, zonder dat de schuldeischer dit kan tegenhouden (4). Gewoonlijk zal deze dit ook niet wenschen te doen, waar de tijdshepaling alleen in het voordeel van den schuldenaar gemaakt is; maar hij mag ook uit

---

(1) TOULLIER, VI, n. 682—684. Verg. PUCHTA, *Vorl.*, I, bl. 164 en v., 158 en v. — (2) Anders echter 's Hertogenbosch 29 Mei 1840, *W.* 113. Verg. H. R. 20 Oct. 1848, *W.* 1006. — (3) Verg. TOULLIER, VI, n. 662—665; MARCADÉ, IV, n. 578; PLIESTER, bl. 65. — (4) POTHIER, n. 233; TOULLIER, VI, n. 676.

eigenzinnigheid niet weigeren, wat deze hem aanbiedt, omdat hij geen regt kan gronden op hetgeen alleen als regt zijner tegenpartij is bepaald.

211. De wet veronderstelt echter ook, dat de tijdsbepaling in het belang van den schuldeischer kan bepaald zijn, en neemt dit, volgens art. 1306 B. W., aan, wanneer het »uit den aard van de verbindtenis zelve, of uit de omstandigheden" blijkt. »De la *stipulation* ou des circonstances", zegt art. 1187 C. N., en deze uitdrukking is misschien juister dan die van onze wet; moeijelijk toch zal het bedoelde uit de omstandigheden kunnen blijken, zonder dat men tevens kan zeggen, dat het uit den aard der verbindtenis blijkt. Hoe het zij, wanneer maar blijkt, dat de tijdsbepaling in het voordeel van den schuldeischer is geschied, dan zal het wel onverschillig wezen, waardoor zulks blijkt, en men zal het gemakkelijk aannemen, zoo dikwijls de tijdsbepaling reeds van den aanvang af in het belang des schuldeischers was. Dit is het geval, wanneer partijen, overeenkomstig art. 1808 B. W., zijn overeengekomen, dat de aflossing eener altijddurende rente binnen tien jaren niet zal geschieden, wanneer eene som gelds voor den tijd van een jaar op rente is gegeven, wanneer eene verkochte koe op een bepaalden dag zal geleverd worden, en haar bezit vóór dien tijd meer uitgaven of moeite vordert dan voordeel aanbrengt (1). Wij merken voorts nog op, dat onze wet spreekt van het geval, dat de tijdsbepaling ten voordeele van den schuldeischer is geschied, art. 1187 C. N. daarentegen, »qu'il a été *aussi* convenu en faveur du créancier." Het spreekt echter van zelf, dat ook onze wet eene tijdsbepaling in het belang van beiden erkent (2). In zoodanig geval moet ook het belang van den een zoowel als dat van den ander gehandhaafd worden.

212. Waar zij in het voordeel des schuldeischers gemaakt is, onverschillig of dit alleen in zijn voordeel, dan wel ook in dat des schuldenaars tevens is geschied, kan eene vroegere voldoening der verbindtenis hem niet opgedrongen, maar door hem geweigerd worden. Men zal dit in het algemeen moeten aannemen, ook dan, wanneer de schuldenaar eener rentegevende schuld de rente, die de schuldenaar nog zou kunnen genieten, tevens aanbiedt, en in het algemeen, wanneer hij hem wegens de vroegere voldoening schadeloos wil stellen. Wanneer eenmaal de tijdsbepaling in het belang van den schuldeischer is geschied, kan daarop door den schuldenaar

---

(1) Verg. TOULLIER, VI, n. 676 en v.; SCHÜLLER, op art. 1306 B. W.; DE PINTO, II, 3e uitg. § 749, bl. 451. — (2) Bij wisselbrieven wordt dit in het algemeen verondersteld, en vóór den vervaltijd behoeft, volgens art. 159 W. v. K., de houder geene betaling te ontvangen. Verg. TOULLIER, VI, n. 679; DURANTON, XI, n. 106 en v.; MARCADÉ, IV, 575.

geen inbreuk gemaakt worden, evenmin als de schuldeischer vóór den vervaltijd betaling zou kunnen vorderen, tegen korting van zooveel, dat de vroegere betaling geacht zou kunnen worden werkelijk in het voordeel van den schuldenaar zelven te zijn (1). Maar wanneer de tijdsbepaling alleen in het voordeel van den schuldeischer geschied is, kan deze de voldoening aanstonds, ook vóór den bepaalden tijd, vorderen (2).

213. »De schuldenaar kan het voorregt (3) eener bijgevoegde tijdsbepaling niet meer inroepen, wanneer hij in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen (4) verklaard is, of door zijn toedoen de door hem ten behoeve van den schuldeischer gestelde zekerheid is verminderd"; art. 1307 B. W. Aan den eenen kant schijnt men te kunnen aannemen, dat de bijgevoegde tijdsbepaling gegrond is in een vertrouwen, dat de schuldeischer den schuldenaar schenkt en kon schenken, zoodat zij niet meer werken moet, waar dat vertrouwen niet meer kan bestaan; aan den anderen kant moet ook de tijdsbepaling geen middel worden, dat den schuldeischer in de onmogelijkheid stelt, het zijne te bekomen, wat toch het geval zou zijn, zoo hij ook in de genoemde omstandigheden door de tijdsbepaling gebonden bleef (5). Hier wordt bepaaldelijk van den schuldenaar gesproken, omdat deze bepaling alleen op hem passen kan.

214. Art. 1307 B. W. spreekt van eene bijgevoegde tijdsbepaling, en er schijnt dus bepaaldelijk gedacht te zijn aan eene tijdsbepaling, die de verbindtenis zelve medebrengt, niet aan het uitstel, dat de regter, overeenkomstig art. 1302 *d* B. W., heeft verleend. Intusschen schijnt het a fortiori ook hierop toepasselijk geacht te moeten worden. In geval van faillissement en kennelijk onvermogen bestaat deswege, wegens de algemeenheid van art. 778 W. v. K. en art. 891 W. v. B. R., wel geen twijfel (6). In geval eener voorwaardelijke verbindtenis gelden art. 779 en v. W. v. K. op beide gevallen. In allen gevalle moet de schuldenaar door den regter in staat van faillissement of kennelijk onvermogen zijn *verklaard* (7).

215. Art. 1307 B. W. spreekt in het slot van de »ten behoeve van den schuldeischer gestelde zekerheid". Art. 1188 C. N. spreekt van »sûretés données par le contrat"; en zoo sprak ook het Ontwerp van 1824 van »zekerheid, gegeven bij het kontrakt". Deze woorden

---

(1) Verg. TOULLIER, VI, n. 677. — (2) Verg. DURANTON, XI, n. 105. — (3) Of: voordeel. WEVE, in *Themis*, 2, IV, bl. 31, n. 1. — (4) Dit is er eerst na 1830 bijgevoegd. VOORDUIN, V, bl. 38 en v. Verg. MARCADÉ, IV, n. 576. — (5) POTHIER, n. 234; SCHÜLLER, op art. 1307 B. W.; DE PINTO, II, 3e uitg. § 750, bl. 451. — (6) Verg. ook DURANTON, XI, n. 117. — (7) Verg. mr. A. DE VRIES, *Regtsg. Opstellen*, bl. 167; Amsterdam 23 Nov. 1854, *W.* 1611; *N. R. B.*, V, bl. 250 en v.

werden echter bij de nieuwe redactie weggelaten (1); en welke ook de reden dier weglating zijn mag, gewis moet nu ook die zekerheid, welke niet aanstonds bij het ontstaan der verbindtenis gegeven is, in aanmerking komen. In allen gevalle komt echter alleen in aanmerking de bepaaldelijk *gestelde* zekerheid; eene vermindering der goederen van den schuldenaar, die een algemeene en gemeenschappelijke waarborg der schuldeischers zijn, heeft dus niet hetzelfde gevolg (2). Overigens is de bepaling algemeen en geldt ook voor schulden, waarvoor hypotheek is gegeven (3).

216. De wet vordert slechts, dat die gestelde zekerheid verminderd zij. Of er desniettemin waarborg genoeg voor den schuldeischer overblijft, doet niets ter zake; het bewijs daarvan zou het voorregt der tijdsbepaling niet doen herleven of voortduren; het is genoeg, dat er niet die zekerheid meer bestaat, die gesteld en dus, naar men mag aannemen, door den schuldeischer verlangd is (4). Maar er moet dan ook werkelijk vermindering hebben plaats gehad; dat deze alleen te vreezen of zelfs waarschijnlijk is, is niet voldoende om de tijdsbepaling van hare kracht te berooven (5).

217. De vermindering moet voorts plaats gehad hebben door toedoen van den schuldenaar, b. v. doordien deze zijn met hypotheek bezwaard huis heeft afgebroken, het opgaand hout gekapt, enz. Waar de vermindering, b. v. door brand, buiten zijn toedoen, veroorzaakt is, geldt de bepaling van art. 1307 niet. Men merke op, dat ook de bepaling van art. 2131 C. N. bij ons niet, althans niet in die algemeenheid, bestaat (6). Bij de beraadslaging werd gewenscht, dat mede bepaald zou worden, dat een schuldenaar het voorregt eener bijgevoegde tijdsbepaling niet meer kan inroepen, in geval zijne roerende goederen bij executie verkocht zijn. Dit is echter zonder gevolg gebleven, en dat geval valt nu niet in de bepaling der wet (7).

218. DURANTON (8) leert, en naar het schijnt teregt, dat, zoo de schuldeischer alleen door bedrog eene tijdsbepaling heeft bekomen, deze geacht moet worden niet te bestaan; zij zal althans, op grond van art. 1364 B. W., vernietigd kunnen worden. Art. 1307 B. W. schijnt voorts ook daar te mogen worden toegepast, waar de schuldenaar de beloofde zekerheid niet heeft gesteld. Ook hier toch heeft de schuldeischer getoond zekerheid te verlangen, en het is althans door toedoen van den schuldenaar, dat die verlangde zekerheid niet

(1) VOORDUIN, V, bl. 38. — (2) Verg. ook TOULLIER, VI, n. 668; ZACHARIAE, I, § 303, bl. 318, n. 2. — (3) MARCADÉ, IV, n. 577. — (4) TOULLIER, VI, n. 667; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1307 B. W. — (5) TOULLIER, VI, n. 666 en v. — (6) Verg. TOULLIER, VI, n. 669 en v.; DURANTON, XI, n. 121; ZACHARIAE, I, § 303, bl. 318, n. 3. — (7) VOORDUIN, V, bl. 38 en v. Verg. DURANTON, XI, n. 117. — (8) XI, n. 122.

bestaat. Zelfs dan, wanneer deze het naliet uit onvermogen, mag men dit aannemen, daar hij dan die zekerheid niet had moeten beloven, en zóó bij den schuldeischer een valsch vertrouwen doen ontstaan. Art. 1809, 2° en 1818 *a* B. W. schijnen dit te bevestigen (1).

219. Het verlies van dit voorregt voor een' der hoofdelijke schuldenaren doet het niet ook voor de medeschuldenaren verloren gaan, wier toestand, blijkens art. 1317 B. W., niet dezelfde behoeft te zijn (2). Hetzelfde geldt van den borg, wanneer de schuldenaar het genot van het voorregt verloren heeft; art. 1859 *b* B. W. maakt dit almede aannemelijk (3).

220. Ook hier schijnen voorts in het algemeen geene interessen in rekening gebragt te kunnen worden, tenzij de schuld eerst na verloop van drie jaren of later kan gevorderd worden, in welk geval, — gelijk art. 778 *b* W. v. K., dat, blijkens art. 891 W. v. B. R., ook op kennelijk onvermogen toepasselijk is, bij faillissement bepaalt, — wanneer de schuldenaar niet gehouden was interessen te betalen, de hoofdsom, waarvoor de schuldeischer in den boedel erkend wordt, door den regter zal worden gewaardeerd, naar gelang van hare waarde, uit de dadelijke opvorderbaarheid voortvloeijende (4).

221. De schuldenaar kan, blijkens de algemeene uitdrukking van art. 1307 B. W., in het algemeen het voorregt eener bijgevoegde tijdsbepaling niet meer inroepen. Dit geldt niet alleen ten aanzien der opvordering van het verschuldigde; op dezelfde wijze kan hij op grond daarvan de compensatie of vergelijking niet meer tegengaan.

222. Ten slotte van deze afdeeling zij nog aangemerkt, dat dikwijls eene overeenkomst én eene voorwaarde én eene tijdsbepaling behelst. In dat geval behoort onderzocht te worden, of de tijdsbepaling bij de verbindtenis zelve, of alleen bij de voorwaarde behoort. In het eerste geval kan, niettegenstaande de vervulling der voorwaarde, de uitvoering der verbindtenis niet gevorderd worden vóór den bepaalden tijd; in het andere geval kan de uitvoering der verbindtenis aanstonds na de vervulling der voorwaarde geëischt worden (5). Het zal soms moeijelijk zijn, dit met volkomene zekerheid te beslissen; de woorden kunnen hier twijfel overlaten; maar gelijk altoos in zoodanig geval, zal ook hier bijzonder op de vermoedelijke bedoeling der partijen gelet moeten worden. Wanneer ook deze met geene genoegzame zekerheid te bepalen is, schijnt men liefst te moeten aannemen, dat de tijdsbepaling alleen bij de voor-

(1) DURANTON, XI, n. 123; ZACHARIAE, I, § 303, bl. 318. — (2) POTHIER, n. 236; DURANTON, XI, n. 119. — (3) Verg. DURANTON, XI, n. 120. — (4) Verg. hierboven n. 205. Zie voorts DURANTON, XI, n. 114 en v. — (5) POTHIER, n. 237; DURANTON, XI, n. 102. Verg. hierboven n. 164.

waarde is gevoegd, omdat zij op zich zelve iets exceptioneels is, dat de schuldenaar in allen gevalle duidelijk in zijn voordeel had moeten bedingen, en hetgeen zeker niet ligt mag vermoed, maar door hem, die er zich op beroept, moet bewezen worden.

AFDEELING VII.

Van alternatieve verbindtenissen, of van verbindtenissen, die ter keuze van eene der partijen staan.

§ 14.

Van verbindtenissen, die meer dan éene bepaalde zaak of daad ten onderwerp hebben.

223. De eene partij kan jegens de andere tot eene enkele daad of de levering eener enkele zaak verbonden zijn, maar de verbindtenis kan ook meer dan éene zaak of daad ten onderwerp hebben. Dit laatste kan op drie verschillende wijzen plaats hebben, en men spreekt dienovereenkomstig van conjunctieve, alternatieve en facultatieve verbindtenissen.

224. Eene conjunctieve verbindtenis is eene zoodanige, ten gevolge waarvan de schuldenaar tot onderscheidene afzonderlijke daden of leveringen verpligt is, die alle tezamen het onderwerp der verbindtenis uitmaken. Waar de verbindtenis over eene algemeenheid van zaken loopt, is zij enkelvoudig, hoevele enkele zaken ook tot die algemeenheid mogen behooren. Maar waar die onderscheidene zaken of handelingen afzonderlijk, doch vereenigd zijn opgenoemd, daar is de verbindtenis conjunctief en omvat zoo vele afzonderlijke verbindtenissen als er afzonderlijk genoemde onderwerpen zijn, waartoe de schuldenaar verbonden is, zoodat de voldoening der eene ook niet afgewezen worden kan, op grond dat niet gelijktijdig de andere geleverd worden. Dit geldt ook voor eene verbindtenis tot betaling in verschillende termijnen, en van die betreffende verschillende termijnen van achterstallige renten (1).

225. Eene alternatieve verbindtenis is de zoodanige, welke twee of meer daden of zaken ten onderwerp heeft, maar zoo, dat de schuldenaar slechts tot éene verpligt is, en door het doen of leveren van deze aan de geheele verbindtenis voldoet. In dit geval zijn de onderscheidene onderwerpen der verbindtenis door een disjunctief voegwoord verbonden opgenoemd (2).

---

(1) Verg. POTHIER, n. 246; TOULLIER, VI, n. 686—688; DURANTON, XI, n. 133, n. 1; ZACHARIAE, I, § 300, bl. 305 en n. 10; J. D. V. D. POEL, *De obligationibus alternativis* (Utrecht 1841), § 4, bl. 9. — (2) Verg. POTHIER, n. 245 en v.; DURANTON, XI, n. 132 en v.; DE PINTO, II, § 700, bl. 358; 3e uitg. § 751, bl. 451 en v.; V. D. POEL, § 2, bl. 3—7; V. SAVIGNY, *Obligr.*, I, bl. 389 en v.

226. Hoezeer de onderscheidene daden of zaken alle evenzeer een onderwerp der verbindtenis uitmaken, is het echter niet juist, te zeggen, dat zij alle verschuldigd zijn (1). Slechts ééne daarvan is werkelijk verschuldigd, maar door voldoening van welke aan de verbindtenis voldaan zal worden, is vooreerst onbepaald, en wordt eerst bepaald, wanneer hij, aan wien de keuze is gelaten, die keuze openbaart (2). Tot zoo lang is het soms ook onzeker, of de regtsvordering als eene roerende of als eene onroerende zaak beschouwd moet worden (3).

227. Eene facultatieve verbindtenis eindelijk is de zoodanige, die eigenlijk slechts eene enkele zaak of daad ten onderwerp heeft, maar den schuldenaar de bevoegdheid laat, om zich door eene andere daad of door de levering van iets anders van de verbindtenis te ontslaan. Deze is eigenlijk niet het onderwerp der verbindtenis, maar alleen daaraan toegevoegd om de voldoening voor den schuldenaar gemakkelijk te maken. Hier is dan ook de aard van het regt des schuldeischers aanstonds bepaald, naarmate de eigenlijk verschuldigde zaak roerend of onroerend, deelbaar of ondeelbaar is, zonder dat de aard van datgene, waarmede de schuldenaar kan volstaan, daarbij in aanmerking komt (4). En wanneer de werkelijk verschuldigde zaak zonder toedoen van den schuldenaar verloren gaat, is niets verschuldigd (5). Deze verbindtenis verschilt alzoo wezenlijk van de alternatieve. Waar de woorden twijfel overlaten, moet vooral op de bedoeling der partijen gelet worden (6).

§ 15.

Van alternatieve verbindtenissen in het bijzonder.

228. De conjunctieve en de facultatieve verbindtenissen zijn, wat de toepassing betreft, uit zich zelve meer bepaald, zoodat hare regeling in de wet minder noodig geacht kan worden; ten aanzien der alternatieve behelst deze afdeeling eenige bepalingen. Wat haar opschrift betreft, de Regering vond geen doelmatig woord in onze taal om het begrip in eens uit te drukken, en heeft daarom eene omschrijving gebezigd. De uitdrukking *tweeledige* verbindtenissen, door eene der afdeelingen van de Tweede Kamer voorgesteld, schijnt dan ook het begrip niet duidelijk genoeg aan te duiden, daar het aan twee verbindtenissen doet denken, waar slechts ééne bestaat. Men zou echter

(1) POTHIER, n. 246, 248. — (2) TOULLIER, VI, n. 689, n. Verg. V. D. POEL, t. a. p. — (3) POTHIER, n. 254; TOULLIER, VI, n. 699; MARCADÉ, IV, n. 579; V. D. POEL, bl. 58 en v. — (4) Verg. TOULLIER, VI, n. 700 en v.; DURANTON, XI, n. 153, 157; ZACHARIAE, I, § 300, bl. 306; MARCADÉ, IV, n. 591; PLIESTER, bl. 65; V. D. POEL, bl. 61 en v. — (5) SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1311 B. W.; V. D. POEL, bl. 63. — (6) DURANTON, XI, n. 155.

om diezelfde reden misschien met regt kunnen vragen, of de door diezelfde afdeeling voorgestelde omschrijving van verbindtenissen, waarin de keuze tusschen meer dan ééne zaak aan eene der partijen staat, niet boven de gebezigde de voorkeur zou verdienen (1).

229. De uitdrukking »alternatieve verbindtenis" doet bepaaldelijk aan twee onderwerpen denken, en meestal zal zij zich ook in dier voege voordoen. De wetgever heeft ook in de onderscheidene bepalingen dezer afdeeling zich telkens deze verbindtenis voorgesteld als twee zaken ten onderwerp hebbende, en hij vereenvoudigde daardoor zijne bepalingen. Om echter allen twijfel voor te komen, heeft hij in art. 1313 B. W., in navolging van art 1196 C. N., uitdrukkelijk gezegd, dat dezelfde beginselen eveneens gelden in het geval, dat meer dan twee zaken in de verbindtenis zijn begrepen; en na die herinnering kan de toepassing der onderscheidene bepalingen op dit geval niet moeijelijk zijn, hetzij ook hier de keuze aan den schuldeischer of aan den schuldenaar zij gelaten (2).

230. De wetgever heeft voorts in de bijzondere bepalingen verondersteld, dat de verbindtenis de levering van zaken ten onderwerp heeft. Zij kan echter ook strekken om iets te doen of niet te doen, en ook dan moeten, volgens art. 1313 B. W., dezelfde beginselen worden gevolgd. Dit bepaalde art. 1196 C. N. niet. Ofschoon men echter ook onder het Fransche regt hetzelfde aannam (3), heeft toch onze wetgever teregt ook te dezen aanzien allen twijfel weggenomen (4). En het lijdt ook wel geen twijfel, dat dezelfde beginselen daar moeten gelden, waar eene verbindtenis strekt òf om iets te geven òf om iets te doen of niet te doen.

231. Wij hebben gezien, dat het onderwerp der alternatieve verbindtenis aanvankelijk eenigzins onbepaald is, en eerst geheel bepaald wordt, wanneer hij, die daartoe geregtigd is, zijne keuze heeft gedaan. Die keuze behoort, volgens art. 1309 B. W., aan den schuldenaar, indien zij niet uitdrukkelijk aan den schuldeischer is toegestaan. Er kan dus nimmer onzekerheid bestaan over dit regt van keuze, daar, wanneer de verbindtenis zelve het niet uitwijst, de wet beslist in het voordeel van den schuldenaar, wien men alzoo ook in geval van twijfel de keuze moet laten. In den regel wordt ook in geval van twijfel eene overeenkomst uitgelegd ten nadeele van dengene, die iets bedongen, en ten voordeele van hem, die zich verbonden heeft, art. 1385 B. W.; en hier leidt eene uitdrukkelijke

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 36. — (2) VOORDUIN, V, bl. 41; SCHÜLLER, op art. 1313 B. W.; DURANTON, XI, n. 152. — (3) DURANTON, XI, n. 135; MARCADÉ, IV, n. 579. — (4) VOORDUIN, V, bl. 41; ASSER, § 695; DE PINTO, II, § 700, bl. 358; 3e uitg. § 751, bl. 452.

bepaling tot hetzelfde gevolg (1). Die bepaling is algemeen, en dus mede toepasselijk op den verkooper, schoon anders, volgens art. 1509 B. W., alle duistere en dubbelzinnige bedingen te zijnen nadeele worden uitgelegd (2).

232. De wet vordert voor het tegendeel, dat de keus uitdrukkelijk aan den schuldeischer zij toegestaan, en geeft slechts in dat geval aan hem de keuze. De bewering, dat die keuze op den schuldeischer zou overgaan, wanneer de schuldenaar in gebreke is (3), komt mij voor daarmede onvereenigbaar te zijn. Het is intusschen niet noodig, dat juist met zoovele woorden de keuze aan den schuldeischer is toegestaan; genoeg is het, wanneer maar uit de woorden, waarin de verbindtenis is vervat, moet worden afgeleid, dat de keuze den schuldeischer is toegekend, gelijk b. v. waar gezegd is, dat hij een bruin of een zwart paard zal nemen (4).

233. Wanneer de keuze aan den schuldeischer staat, kan deze eene bepaalde zaak in regten vorderen. In het andere geval kan hij dit niet, maar moeten noodwendig al de zaken, die een onderwerp der verbindtenis uitmaken, op eene disjunctieve wijze in den eisch worden opgenomen, met overlating der keuze aan den schuldenaar; anders zou de eisch niet regelmatig zijn en de schuldeischer buiten zijn regt gaan (5).

234. De schuldenaar kan intusschen, waar hij de keuze heeft, volgens art. 1308 B. W. den schuldenaar niet noodzaken om een gedeelte van de eene en een gedeelte van de andere zaak te ontvangen. Daardoor zou hij tegen de verbindtenis handelen, volgens welke òf deze òf die zaak verschuldigd is, en niet een gedeelte van deze en een gedeelte van die. Hier zou dus eene andere zaak worden aangeboden dan die verschuldigd was, en geen schuldeischer kan, volgens art. 1425 B. W., tot het aannemen daarvan verpligt worden. Al werden dus die gedeelten ook gelijktijdig aangeboden, zou het aanbod daardoor niet geldig worden (6). En evenzeer kan ook de schuldeischer, waar deze de keuze heeft, slechts de eene of de andere zaak, niet een gedeelte van deze en een gedeelte van gene vorderen (7).

---

(1) POTHIER, n. 247; TOULLIER, VI, n. 690; MARCADÉ, IV, n. 580; DE PINTO, II, § 701, bl. 359; 3e uitg. § 752, bl 452; SCHÜLLER, op art. 1309 B. W. — (2) DURANTON, XI, n. 136. — (3) Verg. hierover V. D. POEL, bl. 29—32. — (4) DURANTON, XI, n. 137. — (5) POTHIER, n. 248; DURANTON, XI, n. 146; V.'D POEL, bl. 60 en v. Anders bij facultatieve verbindtenissen. Verg. DURANTON, XI, n. 156; ZACHARIAE, I, § 300, bl. 306, 3°. — (6) POTHIER, n. 247; TOULLIER, VI, n. 690; DURANTON, XI, n. 138; DE PINTO, II, § 700, bl 358 en v.; 3e uitg. § 751, bl. 452; SCHÜLLER, op art. 1308 B. W. — (7) POTHIER, TOULLIER, DURANTON, t. a. p.; ZACHARIAE, I, § 300, bl. 306.

235. Het regt van keuze gaat natuurlijk op de erfgenamen van hem, die het oorspronkelijk had, over, zoo niet anders is bedongen (1). Maar, terwijl eene deelbare schuld tusschen de erfgenamen van den schuldenaar verdeeld wordt, hebben ook zelfs deze de bevoegdheid niet om de een een gedeelte van deze, de ander een gedeelte van gene zaak aan te bieden of te vorderen, maar moeten zij tezamen overeenkomen over de keuze, die zij zullen doen, waarna ieder zijn gedeelte kan vorderen of aanbieden. Ook hier zou anders worden afgeweken van de verbindtenis, die wil, dat de eene of de andere zaak zal worden geleverd; in zoo ver bestaat ook hier eenige ondeelbaarheid, die ten aanzien der erfgenamen moet worden in acht genomen (2).

236. Wanneer de keuze eenmaal is gedaan en door werkelijke levering der zaak gevolg erlangd heeft, staat zij vast, zonder dat hij, die het regt van keuze had, haar naderhand veranderen mag; zelfs niet wanneer b. v. de gekozene zaak bleek aan een verborgen gebrek te lijden, in welk geval de gewone bepalingen daaromtrent moeten worden opgevolgd (3). Dit neemt echter niet weg, dat, wanneer de verbindtenis daartoe strekt, dat de schuldenaar in opvolgende termijnen, b. v. jaarlijks, telkens het een of het ander zal geven, hij, die het regt van keuze heeft, bij elken termijn vrij is in die keuze, omdat hier telkens weder óf het een óf het ander, maar geen bepaalde zaak verschuldigd is, en de aldus gestelde verbindtenis ook niet van aard verandert door de voor een enkel jaar bepaalde keuze (4).

237. Maar hoe, wanneer een schuldenaar, meenende eene bepaalde zaak verschuldigd te zijn, deze geleverd heeft en daarna verneemt, dat hij tusschen deze en eene andere te kiezen had gehad? Het schijnt billijk, dat men hem vergunne de gegevene zaak terug te vorderen en eene andere te geven; of dit echter genoeg zij, om aan te nemen, dat hij werkelijk daartoe geregtigd is (5), meen ik te mogen betwijfelen. Het is niet te ontkennen, dat het voor den schuldenaar nadeelig wezen kan, dat hij van zijn regt van keuze geen gebruik heeft kunnen maken; maar al is dit ook zonder eenige schuld van zijnen kant het geval, toch schijnt dat nadeel door hem gedragen te moeten worden. De schuldeischer, die regt op eene der zaken had, heeft ook billijke aanspraak en regt, om die, welke hem ter

(1) Verg. v. d. poel, bl. 18—23. — (2) Verg. duranton, XI, n. 139; zachariae, I, § 300, bl. 306; marcadé, IV, n. 581. Verg. toullier, VI, n. 691. — (3) Zie echter toullier, VI, n. 692. — (4) Verg. pothier, n. 247; toullier, VI, n. 693; duranton, XI, n. 140 en v.; zachariae, I, § 300, bl. 306, n. 2; marcadé, IV, n. 581; schüller en vernede, op art. 1308 B. W.; v. d. poel, bl. 24 en v. — (5) Zoo pothier, n. 255 en v.; toullier, VI, n. 692. Verg. v. d. poel, bl. 15 en v.

voldoening aan de verbindtenis is geleverd, te behouden als zijn eigen. Men heeft dan ook wel erkend, dat de schuldenaar den schuldeischer al het nadeel moet vergoeden, wat deze door zoodanige verandering zou lijden; maar terwijl deze niet enkel op vergoeding van kosten en schaden, maar ook van interessen aanspraak zou hebben, bestaat er noch voor het een, noch voor het ander eenige grond in de wet. Van eene condictio indebiti kan hier ook geen sprake zijn, omdat eene der zaken verschuldigd was en daarom werkelijk geleverd is, en aan eene ontbindende voorwaarde, die aan het vernemen van den waren aard der verbindtenis verbonden zou zijn, kan ook wel niet gedacht worden. Men zou anders ook den schuldeischer, zoo hij het regt van keuze had, dezelfde bevoegdheid moeten toekennen; maar ook hiervoor bestaat even weinig grond.

238. Maar het is ook mogelijk, dat de schuldenaar, ten aanzien van den aard der verbindtenis in dwaling verkeerende, beide zaken heeft geleverd, waarvan hij slechts ééne verschuldigd was. In dit geval is het duidelijk, dat hij ééne van beide kan terugvorderen; en zoo de keuze niet aan den schuldeischer was gegeven, zal hij die ook naar zijne keuze kunnen terugvorderen. Men moge toch al met eenigen schijn kunnen zeggen, dat hier de schuldeischer schuldenaar geworden is, en daar geene der beide zaken hem in het geheel niet verschuldigd was, maar slechts ééne van haar, de keuze, volgens art. 1309 B. W., nu aan hem behooren moet; inderdaad is dit het geval niet. De schuldenaar toch, die de keuze had tusschen die zaken, waarvan hij eene moest geven, is slechts die schuldig, welke hij verkiest te geven, en de andere is hij niet schuldig. De nietverschuldigde zaak kan hij door de condictio indebiti terugvorderen, en zijne keuze moet dus ook hier beslissen (1).

239. Het gezegde geldt alleen ten aanzien eener verbindtenis, die werkelijk alternatief is. Eene verbindtenis kan echter ook zuiver en eenvoudig zijn, schoon zij schijnbaar ter keuze of op eene alternatieve wijze is aangegaan; art. 1310 B. W. stelt vast, dat dit het geval is, indien eene der beide beloofde zaken geen onderwerp der verbidtenis kon uitmaken. Dit is b. v. het geval, wanneer het eene bepaalde zaak geldt, die reeds te niet gegaan, buiten den handel of des schuldeischers eigendom was. Geen onderwerp der verbindtenis kunnende uitmaken, is zij buiten de verbindtenis, en hieruit volgt, dat zij ook dan niet mede in aanmerking komen kan, wanneer zij later wel een onderwerp der verbindtenis kan uitmaken (2).

---

(1) Verg. POTHIER, n. 257; TOULLIER, VI, n. 692; DURANTON, XIII, n. 689; V. D. POEL, bl. 14 en v.; V. SAVIGNY, *Obligr.*, I, bl. 397 en v. — (2) Verg. POTHIER, n. 249; TOULLIER, VI, n. 694; DURANTON, XI, n. 142; V. D. POEL, bl. 32 en v.; V. SAVIGNY, *Obligr.*, I, bl. 397.

240. Hetzelfde geldt, blijkens art. 1313 B. W., ook waar het gold om iets te doen of niet te doen. Maar het spreekt van zelf, dat, zoo van meer dan twee zaken of handelingen slechts ééne geen onderwerp der verbindtenis kon uitmaken, de overige nog alternatief verschuldigd blijven, tenzij van alle op ééne na hetzelfde gelden mogt.

241. Eene oorspronkelijk alternatieve verbindtenis kan ook zuiver en eenvoudig worden, wanneer eene der beide zaken, die er het onderwerp van uitmaakten (beloofde zaken, zegt art. 1311 B. W.), of wel al die zaken, op ééne na, zijn verloren gegaan, of niet meer kunnen geleverd worden. Art. 1311 B. W. zegt, dat zij dan zuiver en eenvoudig *is*; zij is het namelijk sedert dat verloren gaan; juister ware het intusschen te zeggen, dat zij zuiver en eenvoudig *wordt*, gelijk art. 1193 C. N. het ook uitdrukt (1).

242. Wanneer eene der zaken, zonder toedoen van den schuldenaar, is verloren gegaan of niet meer kan geleverd worden, wordt de verbindtenis zuiver en eenvoudig, onverschillig of de schuldeischer of de schuldenaar het regt van keuze had. Het geldt hier niet het geven eener bepaalde zaak, en art. 1273 B. W. is hier dus niet van toepassing; de verloren gegane zaak was tot aan de keuze voor rekening van den schuldenaar (2), wiens verbindtenis echter te niet gaat, voor zoo ver haar onderwerp te niet gaat. Stond derhalve de keus aan den schuldeischer, zoo moet hij, volgens art. 1312 *a* B. W., de zaak hebben, die overgebleven is, omdat de andere niet meer tot de verbindtenis behoort. En hetzelfde geldt ook, wanneer de keuze aan den schuldenaar stond, volgens art. 1311 B. W., hetwelk tevens bepaalt, dat hij de waarde der zaak niet in hare plaats kan aanbieden, omdat de zaak zelve, en niet hare waarde, met de andere zaak het onderwerp der verbindtenis uitmaakt, en hij niet iets anders mag geven, dan hij verschuldigd was (3).

243. Wanneer de eene zaak door toedoen van den schuldenaar is verloren gegaan, of niet meer kan geleverd worden, geldt, indien de keuze aan hem stond, gelijk art. 1311 B. W. veronderstelt, blijkens die bepaling hetzelfde. Aan den eenen kant kan de schuldenaar geacht worden zelf de levering der overgeblevene zaak te hebben verkozen, toen hij door zijn toedoen de andere deed verloren gaan, of ten minste zich buiten de gelegenheid stelde, zijne keuze op de levering van deze te bepalen; terwijl hij door het aanbod van hare waarde zich niet van de verpligting, om de andere zaak te leveren, kan ont-

---

(1) De pinto, II, § 702, bl. 359; 3e uitg. § 753, bl. 452; schüller, op art. 1311 B. W. — (2) Toullier, VI, n. 695. — (3) Verg. pothier, n. 250; duranton, XI, n. 143; v. d. poel, bl. 33—36.

slaan. Aan den anderen kant kan ook de schuldeischer uit de daad des schuldenaars geen meer regt ontleenen dan hij vroeger had, en kan hij dus ook de waarde der verloren gegane zaak niet vorderen, waar de schuldenaar de keuze had van hetgeen hij wilde geven (1).

244. Maar dit geldt niet, waar de keus aan den schuldeischer is gelaten. Wanneer dan de eene zaak door toedoen van den schuldenaar verloren is gegaan, kan gene, volgens art. 1312 *a* B. W., óf de overgebleven zaak vorderen, óf de waarde van die, welke verloren is gegaan. Het is ligt mogelijk, dat deze voor hem meer waarde had, en hij had het regt om deze te kiezen. In die keuze mogt hij door den schuldenaar niet beperkt worden; deze mogt hem geen nadeel veroorzaken, noch de levering dier zaak, misschien in zijn eigen voordeel, maar ten koste van den schuldeischer onmogelijk maken (2).

245. Indien beide zaken, zonder toedoen van den schuldenaar, verloren gaan, gaat de verbindtenis, volgens art. 1480 B. W., geheel te niet. Hier kan het dus ook geen onderscheid maken, of de keuze aan den schuldeischer of aan den schuldenaar heeft gestaan, en de wet behoefde hier dienaangaande ook niets te bepalen. De zaak, die eerst verloren is gegaan, kan overigens geacht worden ten nadeel van den schuldenaar verloren gegaan te zijn, de andere ten nadeele van den schuldeischer, voor rekening van wien zij was gekomen, sedert de alternatieve verbindtenis in eene eenvoudige tot het geven eener bepaalde zaak was veranderd (3).

246. Maar zoo de schuldenaar oorzaak is van het vergaan van ééne van beide, onverschillig welke, moet hij, wanneer de keuze aan hem had gestaan, volgens art. 1311 B. W., de waarde betalen van die zaak, welke het laatst is te niet gegaan. Na het vergaan der eene is de andere bepaaldelijk verschuldigd geworden. Is nu deze door zijn toedoen vergaan, zoo is de juistheid der bepaling aan geen twijfel onderworpen. Wanneer de andere door, de laatste zonder zijn toedoen verloren gegaan is, en deze de meeste waarde had, heeft de bepaling schijnbaar iets onbillijks, omdat de schuldenaar nu misschien meer moet voldoen dan de waarde der zaak, die hij heeft doen verloren gaan; maar hiertegen schijnt met grond te kunnen worden aangemerkt, dat hij zich door zijn toedoen in de onmogelijkheid gesteld heeft om eene andere dan de laatst verloren gegane zaak te leveren, en het zich zelven te wijten heeft, dat hij, na het vergaan

---

(1) Verg. POTHIER, n. 251; SCHÜLLER, op art. 1311 B. W. — (2) POTHIER, n. 253; SCHÜLLER, op art. 1312 B. W. — (3) Verg. DURANTON, XI, n. 149 en v.; V. D. POEL, bl. 37 en v.

van deze, nu ook niet meer in plaats van hare waarde de andere zaak geven kan (1).

247. De wet veronderstelt, dat de eene zaak na de andere vergaan is. Het is echter ligt mogelijk, dat beide, de eene door, de andere zonder toedoen van den schuldenaar, te gelijker tijd zijn verloren gegaan, of dat het althans onmogelijk is te bewijzen, welke eerst verloren gegaan is. In dit geval kan de laatste zinsnede van art. 1311 B. W. geen volkomene toepassing vinden. Daar het intusschen geen twijfel lijdt, dat van eene der zaken de waarde voldaan moet worden, zal men voor dat geval moeten aannemen, dat de schuldenaar weer de keüze heeft, van welke zaak hij de waarde wil voldoen, omdat hier de alternatieve verbindtenis niet in eene zuivere veranderd is geweest (2).

248. Voor het overige spreekt art. 1311 B. W. slechts van het geval, dat eene van beide zaken door toedoen van den schuldenaar is verloren gegaan. Men moet dit aldus opvatten, dat zulks voldoende is voor de toepassing dier bepaling, die overigens echter evenzeer toepasselijk is, waar beide of alle zaken door toedoen van den schuldenaar zijn verloren gegaan, gelijk dit vollediger is uitgedrukt in art. 1312 *b* B. W.

249. Volgens art. 1312 *b* B. W. kan, in geval beide zaken zijn vergaan en dit ten aanzien van beide of ook maar van de ééne aan de schuld van den schuldenaar is toe te schrijven, de schuldeischer, die de keuze had, de waarde van de eene of van de andere vorderen, naar zijne keus. Ook hier mag overigens hetzelfde gelden, wat wij van de laatste zinsnede van art. 1311 B. W. gezegd hebben (3).

250. De wet zegt niet, wat het geval zal zijn, zoo eene der zaken door toedoen van den schuldeischer verloren gaat. In dit geval schijnt men niet maar te mogen aannemen, dat de verbindtenis geheel is te niet gegaan (4); de wet geeft daartoe geene aanleiding. Volgens art. 1311 B. W., 'twelk niet onderscheidt, is veelmeer de verbindtenis zuiver geworden, en daarom de schuldeischer geregtigd de overgeblevene zaak te vorderen; behoudens zijne verpligting tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, en dus niet alleen van de door

---

(1) Verg. POTHIER, n. 252; DURANTON, XI, n. 144; TOULLIER, VI, n. 696; SCHÜLLER, op art. 1311 B. W.; V. D. POEL, bl. 38—43; OPZOOMER, II, bl. 283 en v., tegen DE PINTO, II, § 699, 2, bl. 359; 3e uitg. § 753, 3, bl. 452; wiens gevoelen ook MARCADÉ, IV, n. 584, billijker acht. — (2) DURANTON, XI, n. 144; V. D. POEL, bl. 44. — (3) Zie n. 246. Deze bepaling vindt afkeuring bij DURANTON, XI, n. 148; MARCADÉ, IV, n. 586; V. D. POEL, bl. 51 en v. — (4) Zoo TOULLIER, VI, n. 697; ZACHARIAE, I, § 300, bl. 307, n. 1.

zijn toedoen verloren gegane zaak, maar ook van het nadeel, dat de schuldenaar lijdt, doordien hij deze niet kan, maar de andere moet leveren; alles tenzij partijen mogten overeenkomen om de verbindtenis als te niet gegaan te beschouwen (1).

251. Het verloren gaan eener zaak zonder toedoen van den schuldenaar kan dezen niet tot nadeel verstrekken, wanneer zij reeds aan den schuldeischer was aangeboden, en dus door het doen der keuze de verbindtenis bepaald, en de zaak voor rekening van den schuldeischer gekomen was (2). Dit geldt in alle gevallen, die wij naar aanleiding van art. 1311 en 1312 B. W. beschouwd hebben.

252. Ten slotte zij nog aangemerkt, dat hetgeen de wet bepaalt voor het geval, dat eene zaak door toedoen van den schuldenaar verloren gaat, bij analogie tevens zal moeten worden aangenomen, wanneer de zaak verloren gaat nadat de schuldenaar in gebreke is (3).

AFDEELING VIII.

Van solidaire of hoofdelijke verbindtenissen.

§ 16.

Van verbindtenissen met meer dan éénen schuldeischer of schuldenaar.

253. Veelal verbindt zich een enkel schuldenaar jegens een enkelen schuldeischer; maar één kan zich ook jegens meer schuldeischers, meer schuldenaren kunnen zich jegens éénen schuldeischer, of ook meer schuldenaren zich jegens meer schuldeischers verbinden. Art. 1349 B. W. noemt ook de overeenkomst eene handeling, waarbij een of meer personen zich jegens een' of meer andere verbinden (4). Wanneer daarbij voor allen een afzonderlijk onderwerp van verbindtenis is gesteld, bestaan er inderdaad zoovele afzonderlijke verbindtenissen, al ontleenen deze ook aan éene overeenkomst haar bestaan. Wanneer het onderwerp der verbindtenissen wel hetzelfde is, maar deze uit verschillende afzonderlijke overeenkomsten tusschen

---

(1) Verg. v. d. Poel, bl. 44—49. — (2) Duranton, XI, n. 145. — (3) Duranton, XI, n. 147. — (4) Toullier, VI, n. 702.

éénen schuldeischer en éénen schuldenaar ontspruiten, zoo bestaan er evenzeer zoo vele verbindtenissen, die door de eenheid van het onderwerp niet tot eene zamengestelde verbindtenis worden. Dit is alleen daar het geval, waar meer schuldeischers of schuldenaren dit zijn ten aanzien van hetzelfde onderwerp en krachtens denzelfden titel (1).

254. Dit kan op verschillende wijzen plaats hebben, terwijl men uit den zin en de bedoeling der verbindtenis moet afleiden, op welke wijze het in een bepaald geval heeft plaats gehad. Vooreerst kunnen de schuldeischers of schuldenaren óf door een afscheidend óf door een verbindend voegwoord verbonden zijn. In het eerste geval verkrijgt de verbindtenis een alternatief karakter, waarbij het aan de keuze van den eenen schuldenaar of van de schuldenaren staat, welken der schuldeischers gene, of wie van dezen wil voldoen. En het komt mij voor, dat in het eene geval de eene schuldeischer de gezamenlijke schuldenaren in regten zal moeten roepen, opdat één van hen tot vervulling der verbindtenis veroordeeld worde, daar allen afzonderlijk niet aan hem verbonden zijn; en dat in het andere geval de gezamenlijke schuldeischers den schuldenaar in regten moeten roepen, om tot voldoening aan een' hunner veroordeeld te worden, daar hij niet jegens allen verbonden is (2).

255. Maar ook zij, die conjunctief als schuldeischers of schuldenaren in de verbindtenis voorkomen, kunnen dit op twee verschillende wijzen, als enkel vereenigde en als hoofdelijke schuldeischers of schuldenaren. Waar het eerste plaats vindt, daar wordt het onderwerp, zoo het althans gevoegelijk voor verdeeling vatbaar is, tusschen de schuldeischers en schuldenaren verdeeld, en er bestaan zoovele verbindtenissen als er schuldeischers of schuldenaren zijn, die ieder tot een gedeelte zijn geregtigd of verpligt. Die verbindtenissen bestaan, wat het gevolg betreft, afgescheiden van elkander, zoodat ook de eene schuldenaar met het onvermogen of de niet-voldoening van den ander niets te maken heeft, en daarin niet behoeft te voorzien; gelijk ook ieder schuldeischer afgezonderd van de overigen zijn aandeel vorderen kan. Of voorts de schuld over de gezamenlijke schuldeischers of schuldenaren in gelijke of in ongelijke deelen verdeeld moet worden, is iets, dat geheel afhankelijk is van de verbindtenis (3).

256. Eene hoofdelijke verbindtenis is eene zoodanige, ten gevolge waarvan elk der schuldeischers voor zijn hoofd de zaak of daad,

---

(1) TOULLIER, VI, n. 723; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 298 en n. 5. Verg. DURANTON, XI, n. 188; MARCADÉ, IV, n. 592. — (2) Verg. TOULLIER, VI, n. 702—708; MARCADÉ, t. a. p. — (3) Verg. TOULLIER, VI, n. 710; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 298 en v.

waarop zij tezamen aanspraak hebben, in haar geheel van den schuldenaar kan vorderen, of elk der schuldenaren voor zijn hoofd tot de levering der zaak of tot de daad, welke zij tezamen verschuldigd zijn, in haar geheel verpligt kan worden, zoodat voor de onderscheidene schuldeischers tegenover den schuldenaar, of voor de onderscheidene schuldenaren tegenover den schuldeischer geene verdeeling van het onderwerp der verbindtenis plaats heeft. De benamingen van *hoofdelijke* en *solidaire* verbindtenis drukken dit karakter, mijns bedunkens, vrij duidelijk uit. Onze wetgever heeft in het opschrift der afdeeling en in art. 1314 B. W. beide benamingen vereenigd, om den zin daarvan nog duidelijker voor te stellen (1).

257. De hoofdelijke verbindtenis is gestrenger dan die, volgens welke de schuldeischers of schuldenaren slechts vereenigd tot dezelfde zaak geregtigd of verbonden zijn; de hoofdelijkheid is eene bijkomende verzwaring der verbindtenis. Vanhier dat in den regel ieder schuldeischer geacht wordt slechts voor zijn aandeel bedongen, ieder schuldenaar zich slechts voor zijn aandeel verbonden te hebben; dat dus de schuld tusschen de schuldeischers en schuldenaren wordt verdeeld, en dat noch ten aanzien der schuldeischers, noch ten aanzien der schuldenaren de verbindtenis verondersteld wordt hoofdelijk te zijn, wanneer zulks (2) niet uitdrukkelijk is vastgesteld (3). Dit kan, volgens art. 1318 B. W., het geval alleen zijn krachtens eene wetsbepaling of door eene uitdrukkelijke bepaling in den titel.

258. De wet stelt hoofdelijkheid der verbindtenis vast in art. 185 B. W. ten aanzien van den man wegens de schulden eener ontbondene gemeenschap; in art. 405 *b* B. W. ten aanzien eener hertrouwde moeder en haren tweeden man voor de handelingen, door haar na het verlies der voogdij onbevoegdelijk verrigt; in art. 406 *a* B. W. voor de in de voogdij bevestigde moeder en haren man, den medevoogd; in art. 619 *b* B. W. ten aanzien van allen, die zich aan eene gewelddadige ontzetting uit het bezit hebben schuldig gemaakt, hetzij door de gewelddadigheid te plegen, hetzij door haar te bevelen; in art. 1063 en 1066 *b* B. W. ten aanzien van uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen en bewindvoerders; in art. 1337 B. W. ten aanzien van allen, die tezamen tot eene ondeelbare schuld verpligt zijn; in art. 1786 B. W. ten aanzien van hen, die gezamenlijk dezelfde zaak ter leen hebben ontvangen; in art. 1848 B. W. ten aanzien der ge-

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 41. Het woord »hoofdelijk" wordt afgekeurd door v. ASSEN, in *N. Bijdr. v. R. en W.*, V, bl. 42; *Themis*, 2, IV, bl. 180. — (2) Dat het woordje *zulks* niet op *verondersteld*, maar op *hoofdelijk* terugslaat, zal wel niet twijfelachtig zijn. Verg. Mr. LEVYSSOHN, in *Themis*, V, bl. 460 en v. — (3) POTHIER, n. 265; TOULLIER, VI, n. 709 en v., 720; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 299; DE PINTO, II, § 704, bl. 360 en v.; 3e uitg. § 756, bl. 454.

zamenlijke lastgevers (art. 1841 B. W. bepaalt ten overvloede, dat ten aanzien van verscheidene gemagtigden geene hoofdelijke verbindtenis plaats heeft, dan voor zoo verre zulks uitdrukkelijk bepaald is); in art. 1873 B. W. ten aanzien van borgen; in art. 18 W. v. K. ten aanzien van vennooten onder eene firma (1); in art. 146 en 209 W. v. K. ten aanzien van allen, die een' wisselbrief of een orderbriefje geteekend, geaccepteerd of geëndosseerd hebben. Sommige dier bepalingen, die wij uit andere wetten niet zullen vermeerderen, hebben wij reeds beschouwd, anderen zullen ons later voorkomen. Eveneens hebben wij reeds gelegenheid gehad om de vraag omtrent de hoofdelijkheid te behandelen, waar zij niet is voorgeschreven: en ook daartoe zal zich later gelegenheid aanbieden; wij zullen ons dus hier daarbij niet langer ophouden.

259. De hoofdelijkheid kan ook bij den titel bepaald worden en zulks niet alleen bij eene overeenkomst, maar ook bij een uitersten wil, waarbij de erflater aan zijne erfgenamen of legatarissen hoofdelijke verpligtingen kan opleggen of aan de laatste hoofdelijke regten geven. Daarom is ook in art. 1314 B. W. het woord *titel* in de plaats gekomen van *kontrakt*, en in art. 1518 *a* B. W. het woord *bepaald* in plaats van *bedongen*, zoo als eene vroeger voorgestelde redactie luidde (2). Men merke intusschen op, dat de hoofdelijkheid niet noodwendig met het regt van aanwas verbonden is, daar wel beide vereenigd kunnen zijn, maar ook het regt van aanwas zonder hoofdelijkheid kan bestaan, en evenzeer eene making hoofdelijk kan zijn gesteld zonder regt van aanwas.

260. De hoofdelijkheid moet, volgens art. 1318 *a* B. W., uitdrukkelijk bepaald zijn, d. i. het moet uit de woorden van den titel af te leiden zijn, dat eene hoofdelijke verbindtenis bedoeld is; deze bedoeling moet in woorden uitgedrukt wezen. Het is niet noodig, dat juist het woord *hoofdelijk* in den titel voorkomt; het is geheel onverschillig, in welke bewoordingen de bedoeling der partijen of van den erflater is uitgedrukt, wanneer zij slechts uitgedrukt is. Wij behoeven hieromtrent niet in bijzonderheden te treden; men houde echter in het oog, dat het niet voldoende is, dat de woorden in dien zin *kunnen* opgevat worden, maar noodig, dat ze naar de bedoeling der partijen in dien zin *moeten* worden opgevat; daar men niet kan

---

(1) Pothier, n. 266. Ten aanzien van vennooten in het algemeen, zegt art. 1679 B. W., dat zij niet voor het geheel voor de schulden der maatschappij verbonden zijn. — (2) Voorduin, V, bl. 41 en v., 42. Verg. de Pinto, II, § 704, bl. 361; 3e uitg. § 756, bl. 454; Schüller en Vernede, op art. 1318 B. W.; Marcadé, IV, n. 603.

zeggen, dat de hoofdelijkheid uitdrukkelijk bepaald is, wanneer de woorden ook voor eene andere opvatting vatbaar zijn (1).

261. Uit het beginsel, dat de titel de hoofdelijkheid uitdrukkelijk moet bepalen, mag tevens worden afgeleid, dat de hoofdelijke verbindtenis, voor zoo ver zij dit niet is krachtens de bepaling der wet, voor alle schuldeischers of alle schuldenaren uit denzelfden titel moet voortspruiten. Zij moet voorts een en hetzelfde tot onderwerp stellen der verbindtenis van en voor allen, hetwelk door denzelfden van alle schuldenaren of van denzelfden door alle schuldeischers kan gevorderd worden, en de verbindtenis moet tusschen allen gelijktijdig ontstaan (2). Waar de een het eene, de ander iets anders bedingt, hoezeer gelijktijdig en bij éénen titel, zijn er echter zoovele afzonderlijke verbindtenissen, waarbij aan geene hoofdelijkheid te denken is. Hetzelfde geldt, waar wel dezelfde zaak, maar afzonderlijk door of van verschillende personen bedongen wordt; en zoo ook al ten aanzien van den laatste bedongen werd, dat hij de zaak slechts vorderen kan, wanneer de ander haar niet vordert, zal toch deze niet tevreden kunnen worden gesteld met het bewijs, dat reeds is voldaan op eene vordering van genen. Er moet niet alleen tusschen schuldeischers en schuldenaren, maar ook tusschen de hoofdelijke schuldeischers of schuldenaren zelve een bepaald verband bestaan, waardoor, hetzij krachtens de wet, hetzij krachtens den titel, die regten en verpligtingen geboren worden, welke uit de voldoening aan den een of door den een van hen voor de overigen, zoo jegens de andere partij als onderling, ontspruiten (3).

§ 17.

Van hoofdelijke schuldeischers.

262. Eene hoofdelijke of solidaire verbindtenis heeft, volgens de bepaling van art. 1314 B. W., tusschen (liever ten aanzien van) verscheidene schuldeischers plaats, wanneer de titel uitdrukkelijk aan ieder van hen het regt geeft om de voldoening der geheele schuld te eischen, in dier voege, dat de betaling, aan één' hunner gedaan, den schuldenaar bevrijdt, ofschoon ook de verbindtenis uit haren aard tusschen de onderscheidene schuldeischers splitsbaar en deelbaar mogt zijn. Die schuldeischers worden hoofdelijke schuldeischers genoemd, duo vel plures rei of correi credendi of stipulandi.

(1) Verg. TOULLIER, VI, n. 721; DURANTON, XI, n. 164 en v., 168, 190; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 299, n. 4; MARCADÉ, IV, n. 603; DE PINTO, t. a. p. — (2) Dat eene hoofdelijke veroordeeling ten principale niet van regtswege eene solidaire verpligting ten aanzien der regtskosten ten gevolge heeft, zie Amsterdam 20 Junij 1845, *R. B.*, VIII, bl. 329 en v. — (3) Verg. DURANTON, XI, n. 163.

263. Ieder dier schuldeischers kan de voldoening der geheele schuld eischen, zonder dat de schuldenaar op eene verdeeling der schuld aanspraak kan maken; omdat hij aan ieder van hen voor het geheel verbonden is. Waar onderscheidene schuldeischers eenvoudig door een disjunctief voegwoord vereenigd voorkomen, mogen veelal de gevolgen dezelfde zijn, zij zijn geene solidaire schuldeischers, en hebben als zoodanig geen dadelijk regt van actie (1).

264. Aan den anderen kant bestaat er slechts ééne schuld, en zijn de gezamenlijke schuldeischers tegenover den schuldenaar eenigermate aan een enkelen schuldeischer gelijk. De schuldenaar is slechts ééne zaak, slechts ééns verschuldigd, en wanneer hij aan één van hen het geheel heeft voldaan, is hij bevrijd ook tegenover de overigen, die ook hunnerzijds de deelbaarheid van het verschuldigde hem niet kunnen tegenwerpen, om hun aandeel van hem te vorderen.

265. Terwijl de hoofdelijke schuldeischers tegenover den schuldenaar ieder het geheel kunnen vorderen, zijn zij daarom niet ook in dien zin ieder tot het geheel geregtigd, dat hij, die het van den schuldenaar ontvangen heeft, het ook geheel voor zich kan behouden. Zij zijn allen schuldeischers, en terwijl de voldoening door ieder hunner voor het geheel van den schuldenaar gevorderd kan worden, zijn zij onderling ieder voor zijn aandeel, d. i., zonder bepaald beding dienaangaande, voor een gelijk, of anders voor het vastgesteld aandeel, geregtigd (2), en hij, die het geheel van den schuldenaar ontvangen heeft, is dus verpligt, hetgeen zijn aandeel te boven gaat, aan zijne mede-schuldeischers af te staan. Men kan de schuldeischers beschouwen als zoovele medegeregtigden, die elkander over en weder gemagtigd hebben, de belangen van allen waar te nemen, mits onder gehoudenheid om deswege aan de lastgevers rekenschap te geven (3).

266. Het staat, volgens art. 1315 *a* B. W., aan de keus van den schuldenaar, om den eenen of anderen der schuldeischers te voldoen, zoolang hij niet door een' van hen in regten is aangesproken. Gelijk ieder van dezen kan vorderen, moet hij ook aan ieder kunnen voldoen; hij voldoet daardoor telkens aan zijn werkelijken schuldeischer, je-

(1) Het voorbeeld, door POTHIER, n. 259, genoemd en door DURANTON, XI, n. 167, overgenomen: mon héritier donnera aux carmes ou aux jacobins une somme de cent livres, komt mij daarom min juist gekozen voor. Verg. TOULLIER, VI, n. 703 en v.; MARCADÉ, IV, n. 596. — (2) ZACHARIAE, I, § 298, bl. 300 en n. 7 en v. Dit geldt in het algemeen; de slotwoorden van art. 1314 B. W. zien op de deelbaarheid en ondeelbaarheid der verbindtenis, zoo als daarover in de volgende afdeeling gehandeld wordt; hetgeen DURANTON, XI, n. 172, uit de overeenstemmende bepaling van art. 1197 C. N. afleidt, schijnt dus daaruit niet afgeleid te kunnen worden. Verg. ZACHARIAE, t. a. p., n. 8. — (3) SCHÜLLER, op art. 1315 B. W.; TOULLIER, VI, n. 727; DURANTON, XI, n. 170 en v.; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 299 en v.

gens wien hij zich ook zijnerzijds moet kunnen bevrijden. Hij kan dus ook aan een' der schuldeischers te zijner keuze een aanbod van gereede betaling doen, en bij weigering van dien om het aan te nemen, het aangebodene in geregtelijke bewaring geven, en hij is daardoor jegens alle schuldeischers bevrijd (1).

267. Aan den anderen kant heft de aanspraak van een' der schuldeischers de vrije keuze van den schuldenaar op. De bevoegdheid van ieder hunner om het geheel te vorderen zou niet bestaan, wanneer deze ook dan nog, in plaats van aan hem, aan een' ander kon voldoen. Maar de schuldenaar moet daartoe in regten zijn aangesproken. Men schijnt hier bepaaldelijk aan eene dagvaarding te moeten denken, ingesteld nadat de schuld opeischbaar is; eene eenvoudige sommatie is geene aanspraak in regten, en al kon zij dus ook hetzelfde gevolg hebben onder de werking van art. 1198 *a* C. N., waar gesproken wordt van être prévenu par les poursuites de l'un d'eux (2), bij ons is dit niet aannemelijk. Zoo schijnt ook het bevel, dat de tenuitvoerlegging van een executorialen titel ten behoeve van de gezamenlijke hoofdelijke schuldeischers voorafgaat, den schuldenaar niet te beletten aan een' ander te voldoen; maar de werkelijke beslaglegging krachtens dien titel zal, geloof ik, met eene dagvaarding gelijk gesteld moeten worden.

268. Art. 1314 B. W. verbindt de bevrijding van den schuldenaar slechts aan de betaling aan een' der hoofdelijke schuldeischers; er moet dus werkelijke voldoening hebben plaats gehad. Kwijtschelding, door een' der hoofdelijke schuldeischers gedaan, bevrijdt, volgens art. 1315 *b* B. W., den schuldenaar niet verder dan voor het aandeel van dien schuldeischer. Men heeft hier de tegenovergestelde leer van het Romeinsche regt (3) niet gevolgd, omdat ieder schuldeischer slechts afstand kan doen van hetgeen hem toekomt, maar zijne mede-schuldeischers niet kan versteken van hunne regtmatige aanspraak, hetgeen het geval zou zijn, zoo hij als hoofdelijk schuldeischer kwijtschelding van de geheele schuld kon verleenen (4). De kwijtschelding, die hij voor hetgeen hem toekomt wel wilde verleenen, moest daarentegen ook niet afhankelijk gesteld worden van de toestemming zijner mede-schuldeischers; daarom heeft men zijne kwijtschelding voor het bedrag van zijn aandeel erkend, d. i. voor dat bedrag, waartoe hij bij de verdeeling met zijne mede-schuldeischers geregtigd is, om het even of dit voor allen hetzelfde is of niet.

---

(1) DURANTON, XI, n. 173. — (2) DURANTON, XI, n. 173. — (3) l. 2 D. *de duobus reis* (XLV, 2); l. 13. D. *de acceptilationibus* (XLVI, 4). Verg. POTHIER, n. 260, 4°; MARCADÉ, IV, n. 597. — (4) DURANTON, XI, n. 174; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 299; DE PINTO, II, § 703, bl. 359 en v.; 3e uitg. § 755, bl. 453.

269. De wet veronderstelt hier eene werkelijke kwijtschelding, waardoor de schuldeischer den schuldenaar eenvoudig van zijne verpligting bevrijdt. Verbergt een hoofdelijke schuldeischer die handeling onder een anderen vorm, door kwijting te geven alsof de schuldenaar hem werkelijk had voldaan, zonder dat dit het geval is, omdat hij hem voor het volle bedrag der vordering bevoordeelen wil, zoo kan de schuldenaar daardoor wèl ten volle bevrijd worden, doordien de schuldeischer, handelende alsof hij het verschuldigde ontvangen heeft, zich deswege jegens zijne mede-schuldeischers verantwoordelijk stelt. Maar zoo die schuldeischer onvermogend was, en deze dus van hem het bedrag van hun aandeel niet konden terugbekomen, zou ook dan nog de schuldenaar jegens hen voor hun gezamenlijk aandeel aansprakelijk blijven, wanneer zij konden bewijzen, dat hij werkelijk niet heeft voldaan, maar hem de schuld was kwijtgescholden (1).

270. Ten aanzien van datgene, waarvoor de kwijtschelding den schuldenaar niet bevrijdt, blijft de verbindtenis zoo als zij was, behalve dat hij, die de kwijtschelding heeft gedaan, van zijn regt verstoken is. Indien er dus meer dan twee hoofdelijke schuldeischers waren, blijven de anderen ook hoofdelijk geregtigd tot datgene, wat de schuldenaar na aftrek van het kwijtgescholden aandeel verschuldigd bleef (2).

271. Gelijk een der hoofdelijke schuldeischers geene kwijtschelding voor het geheel kan verleenen, is hij ook tot geene schuldvernieuwing bevoegd (3). Hij kan ook geen dading sluiten, die allen verbindt. Volgens art. 1894 B. W. verbinden dadingen, door een' der belanghebbenden aangegaan, de overigen niet, en volgens art. 1833 *b* B. W. is er eene uitdrukkelijke lastgeving noodig om eene dading aan te gaan. Even zoo wordt, volgens art. 1975 B. W., een schuldenaar, aan wien de eed door een der hoofdelijke schuldeischers is opgedragen, door dien af te leggen niet verder bevrijd dan voor het aandeel van dien schuldeischer. En art. 1954 *b* B. W. toont, dat zelfs een vonnis, tusschen den schuldenaar en een hoofdelijken schuldeischer gewezen, de overige schuldeischers niet verbindt, voor zoo veel hun aandeel betreft (4).

272. Wat de compensatie of vergelijking van schuld betreft, wanneer een der hoofdelijke schuldeischers tevens schuldenaar is van den schuldenaar, zoo geloof ik, dat zij niet in die mate van regtswege werken kan, dat zij de schuld ook tegenover de andere schuldeischers vernietigen zou (5). Vergelijking heeft wel, volgens art.

(1) Verg. DURANTON, XI, n. 174. — (2) DE PINTO, t. a. p. — (3) Verg. DURANTON, XI, n. 176; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 300; MARCADÉ, IV, n. 598. — (4) DURANTON, XI, n. 179. Anders MARCADÉ, VI, n. 598. — (5) Zie echter OPZOOMER, II, bl. 285 en v., vooral bl. 288—290.

1462 B. W., van regtswege plaats, maar dit kan slechts het geval zijn, waar aan de eene zijde dezelfde tevens schuldenaar en schuldeischer is; hier zijn de gezamenlijke schuldeischers *de schuldeischer* van den schuldenaar en gezamenlijk zijn zij zijn schuldenaar niet, doordien één hunner dit is. Wel kan de schuldenaar de hoofdelijke verbindtenis ook jegens zijnen schuldenaar voldoen, en deze die voldoening vorderen, en zal in dat geval de compensatie van regtswege werken en de hoofdelijke verbindtenis op die wijze kunnen doen te niet gaan; maar dan is er toch, mijns bedunkens, eene handeling noodig, waardoor de schuld van den schuldenaar bepaaldelijk door vergelijking met die van een der hoofdelijke schuldeischers is te niet gegaan, en aan dezen als het ware voldaan door den wederkeerigen afstand van de andere vordering; zij moeten hunne wederzijdsche schulden met elkander verrekend hebben. Zoolang dat niet geschied is, heeft de schuldeischer niet voldaan, en de andere hoofdelijke schuldeischers zijn dus geregtigd de voldoening te vorderen. Zij zijn geregtigd het geheel te vorderen, en de schuldenaar kan dus ook geene splitsing eischen ten aanzien van het aandeel van dien schuldeischer, die ook zijn schuldenaar is. Wat dezen onderling buiten de hoofdelijke verbindtenis met elkander uitstaande hebben, verandert niets aan de betrekking tusschen den schuldenaar en de overige hoofdelijke schuldeischers, die ook niet geroepen zijn om dat met hem uit te maken. Daarom kan ook, volgens art. 1323 *b* B. W., een hoofdelijk schuldenaar zich niet bedienen van zoodanige exceptiën, die enkel aan de personen van sommige der overige mede-schuldenaren eigen zijn. Daarom kan, volgens art. 1466 *b* B. W., de hoofdelijke schuldenaar ook niet in vergelijking brengen hetgeen door den schuldeischer aan zijnen mede-schuldenaar verschuldigd is. Dit is niet contra rationem juris receptum, maar ligt in den aard der zaak, en vindt daarom ook hier zijne analogische toepassing. De compensatie vernietigt wel de schuld, die twee personen wederkeerig jegens elkander hebben, niet die één hunner jegens derden heeft (1).

273. De eenheid der schuld tegenover de gezamenlijke schuldeischers maakt voorts, gelijk art. 2022 B. W. zulks uitdrukkelijk bepaalt, dat de stuiting der verjaring door een' der hoofdelijke schuldeischers voor alle hoofdelijke mede-schuldeischers geldt. Art. 1199 C. N. bepaalt dit ook te dezer plaatse, hetgeen echter onzen wetgever minder gepast voorkwam (2). Hetzelfde wordt niet gezegd voor het geval dat de toestand van een' der hoofdelijke schuldeischers de verjaring schorst, en kan hier, waar geene daad van dien schuld-

(1) Verg. MARCADÉ, IV, n. 598. Zie echter DURANTON, XI, n. 178; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 300 en n. 3. — (2) VOORDUIN, V, bl. 41; ASSER, § 696.

eischer tusschenbeide komt, niet bij analogie worden aangenomen (1). Maar eene in-mora-stelling door een' der hoofdelijke schuldeischers doet weder niet alleen te zijnen behoeve, maar ook ten voordeele der overigen de interessen loopen, omdat deze daardoor een accessorium worden der hoofdelijke verbindtenis, en art. 1322 B. W. vindt hier eene analogische toepassing (2).

274. Duranton oppert de vraag, of in geval eener wederkeerige verbindtenis de hoofdelijke schuldeischers ook hoofdelijk jegens den schuldenaar verbonden zijn, en beantwoordt haar aldus, dat zij dit zijn, waar de verbindtenis zelve gezegd is hoofdelijk te zijn aangegaan, niet, waar de hoofdelijkheid alleen voor de schuldeischers als zoodanig is bedongen (3). Inderdaad stemt dit overeen met den regel, dat hoofdelijkheid niet verondersteld wordt, en de schuldenaar zal dus zonder uitdrukkelijke bepaling niet voor het geheel de voldoening kunnen vorderen van een' van hen, jegens wie hij hoofdelijk verbonden is. Dat belet echter mijns oordeels niet, dat, waar de voldoening zijnerzijds van die aan de andere zijde afhankelijk of daaraan ondergeschikt is, hij ook het geheel kan vorderen van hem, die als vertegenwoordiger van allen van hem voldoening vordert, alvorens daartoe over te gaan; of liever, dat hij de voldoening tegenover den eischer kan weigeren, totdat aan de andere zijde geheel aan de verpligting zal zijn voldaan.

275. Ten slotte zij nog aangemerkt, dat, wanneer een der hoofdelijke schuldeischers sterft, zijne erfgenamen zamengenomen wel even als de mede-schuldeischers hoofdelijk geregtigd blijven, maar dat die erfgenamen afzonderlijk dit niet blijven, en dus alleen vorderen kunnen hun aandeel in de schuld; en wel, zoo er drie erfgenamen zijn, ieder een derde deel van het geheel, dat zij tezamen konden vorderen. Vanhier dat één hunner ook niet voor allen de verjaring kan stuiten of interessen doen loopen. Wij kunnen ons van de breedere toepassing hiervan gerust onthouden (4).

§ 18.

Van hoofdelijke schuldenaren, vooral in betrekking tot den schuldeischer.

276. Er heeft, volgens art. 1316 B. W., hoofdelijke verbindtenis van de zijde der schuldenaren plaats, wanneer zij allen verpligt zijn tot eene en dezelfde zaak, zoodat elk hunner voor het geheel kan worden aangesproken, en de voldoening, door een' van hen ge-

(1) Anders 1e uitg. en Zachariae, I, § 298, bl. 300 en n. 6. Verg. Marcadé, IV, n. 599; Duranton, XI, n. 180. — (2) Duranton, XI, n. 181; Zachariae, I, § 298, bl. 300. — (3) Duranton, XI, n. 169. — (4) Duranton, XI, n. 180; Zachariae, I, § 298, bl. 300, n. 2.

schied, de overige schuldenaren ten aanzien van den schuldeischer bevrijdt. Dit ziet intusschen alleen op hunne betrekking tot den schuldeischer; wat hen zelve betreft, zoo behoort het tot het wezen eener hoofdelijke verbindtenis, dat zij, volgens art. 1328 B. W., van regtswege deelbaar is tusschen de schuldenaren, welke onder elkander niet verder dan ieder voor zijn aandeel verbonden zijn. Hier geldt dus nagenoeg het omgekeerde van hetgeen wij ten aanzien van hoofdelijke schuldeischers hebben aangemerkt (1).

277. Ook hier bestaat inderdaad slechts ééne verbindtenis, die noodwendig maar één onderwerp moet hebben, daar aan geene hoofdelijke verbindtenis gedacht kan worden, waar de een tot het een, de ander tot iets anders verbonden is. De verbindtenis moet ook, zoo zij niet uit de wet voortvloeit, voor allen uit ééne overeenkomst gesproten zijn; zij zou anders niet ééne verbindtenis wezen. En zoo anders ook al de schuldeischer, ten gevolge eener latere overeenkomst, slechts van één' der schuldenaren de voldoening mogt kunnen vorderen, zou in allen gevalle een vroeger schuldenaar nooit uit die overeenkomst des schuldeischers met den lateren schuldenaar en de voldoening van dezen eenig regt kunnen ontleenen. De betrekking, die eene hoofdelijke verbindtenis tusschen de schuldenaren zelve doet ontstaan, kan nooit ontstaan uit verschillende overeenkomsten, waarbij verschillende schuldenaren, hoezeer dan jegens denzelfden schuldeischer en tot dezelfde zaak, verbonden zijn. Dat voorts de hoofdelijke schuldenaren verbonden moeten zijn jegens denzelfden schuldeischer, of dezelfde schuldeischers, spreekt eveneens van zelf (2).

278. Het gezegde belet echter niet, dat eene verbindtenis hoofdelijk kan zijn, ofschoon een der schuldenaren op eene andere wijze dan de andere tot voldoening derzelfde zaak verpligt is. Art. 1317 B. W., hetwelk dit vaststelt, noemt als voorbeelden, dat de een slechts voorwaardelijk is verbonden, terwijl de verbindtenis van den ander zuiver en eenvoudig is, of dat de een eene tijdsbepaling heeft bedongen, welke aan den ander niet is toegestaan. Hetzelfde geldt, wanneer zij zich onder verschillende voorwaarden of met verschillende tijdsbepalingen verbonden hebben; wanneer voor de verschillende schuldenaren eene verschillende plaats voor de voldoening is aangewezen; wanneer tegen den een de lijfsdwang kan worden uitgeoefend, tegen den ander niet; wanneer de een zich tegen de vordering des schuldeischers kan verdedigen door exceptiën, die den ander niet gegeven zijn, enz. Het laatste wordt stilzwijgend erkend door art. 1323 B. W. (3).

---

(1) POTHIER, n. 261; TOULLIER, VI, n. 709. Verg. MARCADÉ, IV, n. 600.
(2) Verg. TOULLIER, VI, n. 723; DURANTON, XI, n. 188; MARCADÉ, IV, n. 601. — (3) POTHIER, n. 263; TOULLIER, n. 722; DURANTON, XI, n. 189; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 301 en n. 1; SCHÜLLER, op art. 1317 B. W.

279. In al die gevallen belet het verschil, dat er tusschen de onderscheidene schuldenaren bestaat, ofschoon de woorden der wet eenigzins het tegendeel doen vermoeden, niet, dat het werkelijk ééne verbindtenis is, waardoor allen jegens dezelfden tot dezelfde zaak verbonden zijn. Slechts bevat dezelfde verbindtenis eenige wijzigingen, waartoe het bestaan van onderscheidene schuldenaren gerecde aanleiding geeft (1). Het spreekt overigens van zelf, dat de bijzondere wijziging, die alleen den éénen schuldenaar betreft, niet ook op den anderen kan worden toegepast. En eveneens is de betrekking, die er tusschen de schuldenaren onderling bestaat, aan diezelfde wijzigingen onderworpen; zoodat, wanneer een zuiver verbonden schuldenaar het geheel heeft voldaan, hij niet geregtigd is het van den ander voor diens aandeel terug te vorderen, dan na de vervulling der voorwaarde, waaronder, of na verloop van den tijd, waarop deze tot voldoening verpligt is (2).

280. De schuldeischer kan alle hoofdelijke schuldenaren, die gezamenlijk aan hem verbonden zijn tot dezelfde zaak, te gelijker tijd, hij kan hen ook ieder tot betaling van zijn aandeel in regten roepen; de hoofdelijkheid der verbindtenis is een bijkomend voorregt voor hem, dat hem die natuurlijke bevoegdheid niet ontneemt (3). Hij kan echter ook elk hunner voor het geheel aanspreken, en is daarbij vrij in zijne keuze; hij kan, daar allen voor het geheel verbonden zijn, volgens art. 1319 B. W. »diengene der schuldenaren aanspreken, welken hij verkiest." Alleen spreekt het van zelf, dat, in het geval van art. 1317 B. W. de schuldeischer iederen schuldenaar slechts kan aanspreken met inachtneming der wijze, waarop deze in het bijzonder verbonden is (4).

281. De aanspraak, tegen den eenen schuldenaar gerigt, ontheft ook de overigen niet; dit doet eerst de voldoening, door een' hunner gedaan. De vervolgingen, tegen één der schuldenaren aangevangen, beletten daarom, volgens art. 1320 B. W., den schuldenaar niet om ook tegen de overige zijn regt te doen gelden. Hij kan dus ook die vervolgingen staken, wanneer hem dit oorbaar dunkt, om een' ander of wel allen tegelijk te vervolgen (5). Maar het vonnis, dat hij tegen een' of meer bekomen heeft, kan hij slechts ten uitvoer leggen tegen hen, tegen wie het gewezen is.

282. De schuldenaar, die aangesproken is, kan ook, volgens art. 1319 B. W., den schuldeischer het voorregt van schuldsplitsing niet tegenwerpen; of liever, zoodanig voorregt bestaat er voor de hoofdelijke schuldenaren niet. De aangesprokene kan dus niet volstaan met

(1) Verg. POTHIER, n. 263; TOULLIER, VI, n. 722. — (2) Verg. DURANTON, XI, n. 188 en v. — (3) Verg. POTHIER, n. 271; DURANTON, XI, n. 215. — (4) Verg. SCHÜLLER, op art. 1317 B. W. — (5) POTHIER, n. 271; TOULLIER, VI, n. 728; MARCADÉ, IV, n. 607.

zijn aandeel aan te bieden en den schuldeischer voor het overige naar zijne mede-schuldenaren te verwijzen (1). De deelbaarheid der schuld tusschen dezen gaat den schuldeischer niet aan; hij kan wel van ieder zijn aandeel vorderen, maar hij behoeft geen gedeelte aan te nemen van hetgeen hem door ieder voor het geheel verschuldigd is, en hij kan zelfs den schuldenaar, die het geheel wil voldoen, als zoodanig niet afwijzen (2).

283. Dit belet echter niet, dat de aangesprokene schuldenaar op de bij de wet voorgeschreven wijze, zijne mede-schuldenaren tot vrijwaring kan oproepen. Zijne verpligting voor het geheel wordt daardoor niet opgeheven, maar hij kan er belang bij hebben, om ook aanstonds eene veroordeeling tegen de overige schuldenaren te zien uitspreken, en art. 68 W. v. B. R. geeft de bevoegdheid tot die oproeping in het algemeen, zoo dikwijls de verweerder vermeent daartoe gronden te hebben (3).

284. Vermelding verdient nog, dat, volgens art. 878 W. v. K., de schuldeischer, die, gelijk het daar heet, houder is van eene hoofdelijke verbindtenis tusschen onderscheidene gefailleerde mede-schuldenaren, in alle boedels van dezen kan opkomen, totdat de schuld ten volle zal zijn gekweten. Na uit den eenen boedel een gedeelte te hebben genoten, kan hij natuurlijk in de andere slechts voor het overige deel opkomen (4)

285. De in regten aangesproken schuldenaar kan zich, volgens art. 1323 *a* B. W., bedienen van alle exceptiën of middelen (5), die uit den aard der verbindtenis voortvloeijen, van alle, die hem persoonlijk eigen zijn, mitsgaders van al de zoodanige, welke aan al de mede-schuldenaren gemeen zijn. De eerstgenoemde zijn gegrond op een gebrek, waaraan de geheele verbindtenis lijdt, b. v. door een gebrek in den vorm der overeenkomst, waaruit zij zou voortspruiten, of wanneer die geene of eene ongeoorloofde oorzaak heeft. Tot de laatstgenoemde brenge men het verloren gaan der verschuldigde zaak, algemeene kwijtschelding, vroegere betaling, eene voor allen gestelde voorwaarde of bedongen tijdsbepaling, verjaring en dergelijke (6).

286. De exceptiën, die hem persoonlijk eigen zijn, worden in art. 1208 C. N. genoemd lui personnelles. Dit gaf aanleiding om hier tusschen exceptions personnelles en reëlles te onderscheiden, en

(1) Verg. POTHIER, n. 262, 270; TOULLIER, n. 728; DURANTON, XI, n. 185 en v., 190. — (2) ZACHARIAE, I, § 298, bl. 301, 1°, *e*. — (3) DURANTON, XI, n. 215; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 301, n. 2; MARCADÉ, IV, n. 606. — (4) Verg. DURANTON, XI, n. 228 en v.; ASSER enz. en VERNEDE, op art. 878 W. v. K. — (5) Verg. MARCADÉ, IV, '613. — (6) MARCADÉ, IV, n. 612 en v.

heeft de bedenking doen opperen, dat b. v. de compensatie als eene exception reëlle beschouwd moet worden en daarom ten onregte als exception personnelle is voorgesteld (1). De door onzen wetgever gebezigde uitdrukking geeft tot zoodanige zwarigheid geen aanleiding, is meer bepaald, en verdient alzoo de voorkeur. Men brenge tot de hier bedoelde exceptiën die, welke gegrond zijn op de omstandigheid, dat hij, overeenkomstig art. 1317 B. W., op eene andere wijze dan de overige schuldenaren verbonden zijnde, in dezen stand der zaak nog niet tot voldoening verpligt is, dat hij is gedwongen of bedrogen, op compensatie van hetgeen de schuldeischer hem persoonlijk verschuldigd is, op zijne onbekwaamheid om zich te verbinden, en dergelijke (2). Dat ze niet alleen aan hem persoonlijk eigen, maar met sommige mede-schuldenaren gemeen zijn, belet hem natuurlijk niet zich er van te bedienen, omdat ze ook dan toch hem persoonlijk eigen zijn.

287. De hoofdelijke schuldenaar, die in regten geroepen is, kan zich, volgens art. 1323 *b* B. W., niet bedienen van zoodanige exceptiën, die enkel aan de personen van sommige der overige medeschuldenaren eigen zijn. Ja, hoezeer art. 1323 *b* B. W. aanleiding schijnt te geven tot de meening, dat hij zich ook bedienen kan van exceptiën, die niet aan *sommige* der overige mede-schuldenaren eigen, maar aan die alle gemeen zijn, zoo kan dit echter het geval niet wezen, maar moet hij, die de exceptie wil opwerpen, haar met de anderen gemeen hebben. Anders toch hebben zij geene betrekking op zijne verpligting, en zijn daarom ook niet onder de bepaling van het eerste lid begrepen, hetwelk spreekt van exceptiën, niet aan al *zijne*, maar aan al *de* mede-schuldenaren gemeen, waaronder hij zelf dus ook begrepen is. De onbekwaamheid, om zich te verbinden, van sommige of wel van al zijne mede-schuldenaren, levert dus voor hem geene exceptie op; evenmin een bijzonder beding, dat dezen of sommigen hunner met den schuldeischer hebben aangegaan, of dat dezen iets in compensatie kunnen brengen, 'twelk zij van den schuldeischer te vorderen hebben.

288. De bepaling van art. 1323 *b* B. W. is alleszins gegrond. Ieder hoofdelijk schuldenaar toch is voor het geheel verbonden, zoodat voor zijne verbindtenis tegenover den schuldeischer de betrekking van dezen tot de overige schuldenaren vrij onverschillig is. Met betrekking tot dezen voldoet wel de schuldenaar, die het geheel voldoet, ook hun aandeel, maar tegenover den schuldeischer voldoet hij zijne schuld, omdat hij tot het geheel verbonden is. En al kunnen nu andere schuldenaren eene exceptie opwerpen, waardoor zij van alle

(1) Verg. ZACHARIAE, I, § 298, bl. 301, n. 6. — (2) TOULLIER, VI, n. 737; DURANTON, XI, n. 220; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 301 en v. Verg. MARCADÉ, IV, n. 615 en v.

verpligting ontheven worden, dan zijn zij wel ook jegens hem tot geene vergelding gehouden van hetgeen hij heeft voldaan, zonder dat zij mede schuldig waren; maar de verbindtenis van hem, die voldeed, blijft evenwel geheel dezelfde (1).

289. Om deze reden bepaalt dan ook art. 1466 *b* B. W,, dat de hoofdelijke schuldenaar niet in vergelijking kan brengen hetgeen door den schuldeischer aan zijnen mede-schuldenaar verschuldigd is. Zijne verbindtenis wordt niet opgeheven of beperkt door dat een ander eene tegenvordering heeft. De bepaling is stellig en duidelijk, en laat dus ook geene uitzondering toe voor zoodanig gedeelte, als het aandeel van dien mede-schuldenaar in de verbindtenis betreft (2). Wat men hiervoor ook mag aanvoeren, dit alleen aan te nemen, ook wanneer de inschuld van den eenen schuldenaar grooter was dan zijn aandeel in de verbindtenis, zou willekeurig zijn, al sloot de wet het ook niet uit; omdat, voor zoo ver de compensatie van regtswege werkt, zij voor het geheel moet werken en niet voor een gedeelte. Maar de werking van regtswege bepaalt zich tot hen, die over en weder elkanders schuldeischer en schuldenaar zijn. De hoofdelijke schuldenaren kunnen zich daarop eerst dan beroepen, wanneer door eene bepaalde handeling tusschen den schuldeischer en den eenen schuldenaar de compensatie wezenlijk heeft gewerkt en tot vernietiging der verbindtenis geleid.

290. De hoofdelijke verbindtenis bevat slechts ééne schuld, en vandaar dat de voldoening door een' der hoofdelijke schuldenaren, onverschillig of hij dit vrijwillig doet, of op eene vordering van den schuldeischer, volgens art. 1316 B. W., ten aanzien van dezen de overigen bevrijdt. Art. 1200 C. N. spreekt van payement; art. 1341 Wetb. van 1830 sprak ook van betaling. Wij vinden niet vermeld, waarom men later het woord ***voldoening*** gebezigd heeft, maar het is gebezigd en blijkbaar van veel algemeener beteekenis. Het kan dus niet twijfelachtig zijn, dat hetgeen een der hoofdelijke schuldenaren tegen den schuldeischer in compensatie heeft gebragt, tegenover dezen ook de overigen bevrijdt (3).

291. Eveneens strekt, volgens art. 1976 B. W., de eed, door een' der hoofdelijke schuldenaren afgelegd, ten voordeele der mede-schuldenaren. De kwijtschelding eener schuld, of het ontslag bij overeenkomst, ten behoeve van een' der hoofdelijke mede-schuldenaren gegeven, bevrijdt, volgens art. 1476 B. W., al de overigen, ten ware zich de schuldeischer uitdrukkelijk zijne regten tegen dezen

(1) Verg. POTHIER, n. 274. — (2) Verg. POTHIER, t. a. p.; TOULLIER, VI, n. 733, 737; DURANTON, XI, n. 221, XII, n. 429 en v.; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 301, n. 6. — (3) POTHIER, n. 274; TOULLIER, VI, n. 732.

mogten hebben voorbehouden; en ook dan kan hij de schuld niet verder invorderen dan na aftrek van het aandeel van dengene, aan wien hij de schuld heeft kwijtgescholden (1).

292. De eenheid der verbindtenis, waarbij ieder schuldenaar als het ware voor allen geldt, heeft ook ten gevolge, dat de beteekening eener aanmaning of dagvaarding, aan een' der hoofdelijke schuldenaren gedaan, of diens erkentenis, de verjaring stuit tegen al de overige, zelfs tegen hunne erfgenamen; art. 2020 *a* B. W. De C. N. bepaalt zulks ook te dezer plaatse in art. 1206, maar dit heeft onze wetgever overbodig geacht (2). Wat de bedoelde erkentenis betreft, deze wordt natuurlijk verondersteld te hebben plaats gehad vóórdat de schuld is verjaard; later toch kan deze door de daad van den een niet voor de overigen herleven.

293. Om dezelfde reden is ook eene vervolging tegen éénen schuldenaar voor het geheel geldig, en maakt, volgens art. 1322 B. W., de eisch tot betaling van interessen, tegen een' der hoofdelijke schuldenaren gedaan, dat de interessen ook loopen ten aanzien van al de overige. Deze behoeven niet mede in mora te worden gesteld (3). Wij zeggen: in mora gesteld; de uitdrukking toch, door den wetgever gebezigd, *eisch tot betaling van interessen* schijnt niet alleen van zoodanigen bepaalden eisch te moeten worden verstaan, als welke in de praktijk weinig gewoon is, maar van elke handeling, die in het algemeen de interessen doet loopen, zoodat ook hier niet alleen eene dagvaarding, maar ook eene sommatie, aan een hoofdelijken schuldenaar gerigt, tegen allen werkt (4).

294. In het Romeinsche regt gold deze bepaling niet, en hare juistheid is ook betwijfeld geworden (5); zij komt mij echter voor in het wezen der hoofdelijke verbindtenis voldoende gegrond te zijn. Zij is geen noodzakelijk gevolg van hetgeen art. 2020 *a* B. W. omtrent de stuiting der verjaring voorschrijft, maar heeft hiermede denzelfden grond. En ieder schuldenaar had door een aanbod zijnerzijds de verbindtenis kunnen doen te niet gaan. Art. 1322 B. W. lijdt intusschen in zoo ver eene noodzakelijke uitzondering, dat de ingebrekestelling van een hoofdelijken schuldenaar zijnen mede-schuldenaar, die slechts voorwaardelijk of met eene tijdsbepaling verbonden was, vóór de vervulling der voorwaarde of het verloopen van dien tijd niet tot

---

(1) Verg. POTHIER, n. 275; TOULLIER, VI, n. 726; DURANTON, XI, n. 225 en v. — (2) VOORDUIN, V, bl. 41; ASSER, § 696. — (3) VOORDUIN, V, bl. 43 en v.; DE PINTO, II, § 705, bl. 361; 3e uitg. § 757, bl. 455; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1322 B. W. Verg. MARCADÉ, IV, n. 611. — (4) DURANTON, XI, n. 219. — (5) Zie ZACHARIAE, I, § 298, bl. 302, n. 6.

betaling van interessen kan verpligten (1). Ook dit belet echter niet, dat deze voor de geheele schuld loopen, maar alleen ten laste van hen, die zuiver verbonden waren, en ook ten laste der bedoelden, zoodra de voorwaarde vervuld of de tijd verloopen is (2).

295. Dat de ingebrekestelling van een' der hoofdelijke schuldenaren tegen allen werkt, geldt ook voor hetgeen art. 1273 B. W. bepaalt, en de bepaalde zaak, die het onderwerp der verbindtenis uitmaakt, en die oorspronkelijk voor rekening van den schuldeischer is, komt daardoor voor rekening der gezamenlijke schuldenaren. Wanneer alzoo de verschuldigde zaak na zoodanige ingebrekestelling mogt vergaan, zijn ook de overige mede-schuldenaren, volgens art. 1321 *a* B. W., niet ontheven van de verpligting om de waarde der zaak te betalen (3).

296. De grond ook van deze bepaling is eveneens in het wezen der hoofdelijke verbindtenis gelegen, die niet voor den eenen te niet kan gaan en voor den ander blijven bestaan. Daarom geldt, volgens art. 1321 *a* B. W., hetzelfde ook dan, wanneer de verschuldigde zaak door toedoen van een' of meer der hoofdelijke schuldenaren vergaan is. De overigen kunnen niet tegenwerpen, dat het zonder hunne schuld is geschied; de betrekking, waarin de gezamenlijke schuldenaren met elkander tot den schuldeischer staan, doet in zoo ver tegenover dezen de daad van één hunner met eene daad van allen gelijk staan (4).

297. Die gemeenschappelijke verpligting van allen ziet echter alleen op die verpligtingen, hetzij van meer principalen of van bijkomenden aard, die een onderwerp der oorspronkelijke verbindtenis uitmaken, niet op de zoodanige, die eerst uit eene daad of nalatigheid van een' of sommigen hunner voortspruiten; tenzij de overeenkomst dit mogt medebrengen. Indien de verschuldigde zaak vergaat door toedoen van een' of meer der hoofdelijke schuldenaren, of nadat deze in gebreke waren gesteld, zijn daarom, volgens art. 1321 *a* B. W., de overigen niet, behalve de waarde, ook nog gehouden tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, maar kan de schuldeischer, volgens het tweede lid, deze alleen verhalen op de schuldenaren, door wier toedoen de zaak is verloren gegaan, en op hen, die in de voldoening nalatig zijn geweest; maar op deze allen dan ook evenzeer. Zij dragen alle evenzeer schuld aan de niet-voldoening der verbindtenis; maar hoezeer deze ook voor de overigen desniettegenstaande blijft

---

(1) SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1322 B. W. — (2) MARCADÉ, IV, n. 611. — (3) POTHIER, n. 273; VOORDUIN, V, bl. 43. — (4) TOULLIER, VI, n. 730; POTHIER, n. 273; MARCADÉ, IV, n. 608.

bestaan, kan zij daardoor toch voor dezen niet verzwaard worden (1).

§ 19.

Omstandigheden, die invloed kunnen hebben op de hoofdelijkheid eener verbindtenis.

298. Dat eene verbindtenis hoofdelijk is, is in het voordeel alleen van den schuldeischer. Deze kan dus daarvan afstand doen (2), en het is niet twijfelachtig, dat zijne toestemming, om de schuld over alle schuldenaren te verdeelen, zoodat deze ieder slechts hun aandeel verschuldigd zijn, de verbindtenis van aard verandert, en haar als het ware in zoo vele afzonderlijke verbindtenissen oplost. Er zijn echter ook omstandigheden, omtrent wier werking eenige twijfel zou kunnen bestaan, en die daarom uitdrukkelijk bij de wet geregeld zijn.

299. Zoo kan ook ten deele de schuld verdeeld worden. Wanneer de schuldeischer slechts ten aanzien van een' der mede-schuldenaren in de verdeeling der schuld heeft toegestemd, behoudt hij, volgens art. 1325 B. W., zijne hoofdelijke vordering tegen de overige, doch onder aftrek van het aandeel van den schuldenaar, welken hij van de hoofdelijke verbindtenis ontslagen heeft. Wanneer hij dit met meer dan één heeft gedaan, behoudt hij zijne hoofdelijke vordering natuurlijk tegen de overigen, na aftrek van hunne gezamenlijke aandeelen. De verdeeling der schuld maakt hen, te wier aanzien zij heeft plaats gehad, los van de verbindtenis.

300. Het schijnt hierbij onverschillig, of deze voldaan hebben of de schuld hun is kwijtgescholden voor hun aandeel of niet. Hoezeer men toch veelal de bepaling van art. 1325 wil beperken tot het geval van voldoening of kwijtschelding der schuld zelve (3), zie ik daarvoor geene reden in de wet, die eenvoudig spreekt van eene verdeeling der schuld, welke op zich zelve toch wel aan geene kwijtschelding of voldoening doet denken. Eene vergelijking van art. 1325 en 1326 B. W. maakt voorts eene algemeene opvatting van het eerste te meer aannemelijk. En waar de schuldeischer zelf de schuld laat verdeelen, daar werkt immers die verdeeling ook zeer natuurlijk ten aanzien der overige schuldenaren, en kunnen deze met het daarvan afgescheiden gedeelte niet meer belast worden (4).

301. Art. 1325 B. W. veronderstelt eene uitdrukkelijke toestem-

---

(1) POTHIER, n. 273; TOULLIER, VI, n. 731; DURANTON, XI, n. 217; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 302; MARCADÉ, IV, n. 609; WOLFF, bl. 189 en v., 470 en v.; SCHÜLLER, op art. 1321 B. W. — (2) POTHIER, n. 277. — (3) Zie DURANTON, XI, n. 230 en v.; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 302 en n. 7. Daartegen MARCADÉ, IV, n. 619 en v. — (4) POTHIER, n. 277; TOULLIER, VI, n. 738. MARCADÉ, t. a. p., keurt het slot van 't art. af.

ming in de verdeeling; zij kan echter ook stilzwijgend plaats hebben (1), en dan geldt hetzelfde. Art. 1326 *a* B W. toch bepaalt, dat een schuldeischer, die het aandeel van een' der schuldenaren ontvangt, zonder bij de kwijting zijn hoofdelijk regt, of zijne regten in het algemeen, zich voor te behouden, daardoor geen afstand doet van zijn hoofdelijk regt, dan alleen met betrekking tot dezen schuldenaar (2). Ook hier behoudt hij dus zijne hoofdelijke vordering tegen de overigen, maar natuurlijk evenzeer onder aftrek van het aandeel, dat hij ontvangen heeft. Dit uitdrukkelijk hier te bepalen, schijnt de wetgever niet noodig geacht te hebben; de strekking van art. 1326 *a* B. W. is om te voorkomen, dat aan eene stilzwijgende toestemming in de verdeeling niet een te uitgebreid gevolg worde toegekend.

302. Maar eene stilzwijgende toestemming in de verdeeling der schuld mag niet te ligt verondersteld worden, gelijk niemand ligt verondersteld wordt van zijn regt afstand te doen; de bedoeling des schuldeischers moet dus duidelijk blijken. De wetgever heeft zelf hierop de aandacht gevestigd, door in art. 1326 *b* B. W. te bepalen, dat, wanneer ook al de schuldeischer van een' der schuldenaren eene gelijke som ontvangt als zijn aandeel in de schuld, namelijk tegenover zijne mede-schuldenaren, bedraagt, hij echter niet geacht wordt den schuldenaar van zijne hoofdelijke verbindtenis te hebben ontslagen, indien de kwijting niet met zoovele woorden inhoudt, dat het ontvangene voor zijn aandeel strekken zal. Een schuldeischer kan, schoon hij daartoe niet verpligt is, van den schuldenaar eerst een gedeelte der schuld ontvangen, om later het overige te bekomen, hij kan dus ook een gedeelte van een hoofdelijken schuldenaar ontvangen hebben, om later zelfs van denzelfden het overige op te vragen; en of dat gedeelte grooter of kleiner of wel juist zoo groot is als zijn aandeel, kan op zich zelf hierin geene verandering aanbrengen (3).

303. Maar wanneer de schuldeischer juist zooveel van een' schuldenaar ontving als diens aandeel bedraagt, en in de kwijting met zoovele woorden heeft uitgedrukt, dat het ontvangene zal strekken voor het aandeel van dien schuldenaar, dan moet hij in het algemeen geacht worden ten aanzien van dezen in de verdeeling der schuld genoegen te hebben genomen, omdat hij zelf het bestaan van aandeelen in de schuld erkent (4). Ik zeg: in het algemeen; immers, wanneer de schuldeischer ook dan nog uitdrukkelijk zijn hoofdelijk regt, of zijne regten in het algemeen, zich voorbehield, dan zou dit voorbehoud het besluit, dat men uit de woorden *»voor zijn aandeel"* kon afleiden, vernietigen, en de schuldenaar ook desniettegenstaande hoof-

---

(1) Toullier, VI, n. 740; pothier, n. 277. — (2) Pothier, n. 277 en v. — (3) Pothier, n. 277; duranton, XI, n. 233; toullier, VI, n. 740. — (4) Toullier, VI, n. 741.

delijk voor het overig gedeelte verbonden blijven, om het even met welke bedoeling de schuldeischer hier de woorden *voor zijn aandeel* mag bijgevoegd hebben (1).

304. Eveneens heeft ook een eisch, door den schuldeischer tegen een' der mede-schuldenaren enkel voor zijn aandeel gedaan, volgens art. 1326 *c* B. W., nog geene verdeeling der schuld ten aanzien zelfs van dien schuldenaar ten gevolge, zoolang deze niet in den eisch heeft toegestemd, of daarop geene regterlijke veroordeeling gevolgd is. Wel wordt zoodanige eisch als een blijk beschouwd van des schuldeischers bedoeling, om zich die verdeeling te laten welgevallen, zoodat deze werkelijk bestaat, zoodra de schuldenaar in den eisch heeft toegestemd, of dienovereenkomstig is veroordeeld; maar zoolang noch het een, noch het ander heeft plaats gehad, bestaat er nog slechts eene eenzijdige handeling aan de zijde van den schuldeischer, waarop deze kan terugkomen, omdat door eene eenzijdige handeling van hem alleen de aard der verbindtenis niet verandert. Dit is zelfs het geval, wanneer de toestemming nietig wordt verklaard of het vonnis in hooger beroep vernietigd. Eene eenvoudige sommatie, tegen een' der schuldenaren voor zijn aandeel gerigt, heeft ook, zoolang zij geen gevolg gehad heeft, geene meerdere uitwerking (2).

305. Hetzelfde geldt ook, waar de schuldeischer van een' der hoofdelijke schuldenaren een gedeelte van de achterstallige renten of interessen der schuld ontvangt (3). En al ontvangt hij van dezen ook juist zooveel, als diens aandeel daarin bedraagt, afzonderlijk voor zijn aandeel en zonder eenig voorbehoud, dan is, blijkens art. 1327 B. W., het gevolg hiervan in het algemeen ook nog slechts beperkt tot die achterstallige renten of interessen, waarvan dat aandeel afzonlijk is betaald, maar verliest de schuldeischer daardoor zijn hoofdelijk regt, ook tegenover dien schuldenaar, niet ten opzigte van die, welke nog vervallen moeten, of van de hoofdsom. Maar al ontvangt hij op die wijze ook slechts het aandeel van een' schuldenaar in de renten van één enkel jaar, terwijl die over meer jaren verschenen zijn, zoo schijnt met toch te moeten aannemen, dat hij ten aanzien van dien schuldenaar zijn hoofdelijk regt verliest over al de reeds vervallen renten. Wel zou in het algemeen eene beperking tot die

---

(1) POTHIER, n. 277; TOULLIER, VI, n. 742; DURANTON, XI, n. 234; ZACHARIAE, I, § 299, bl. 303, n. 2; MARCADÉ, IV, n. 621. — (2) POTHIER, n. 277; TOULLIER, VI, n. 743; DURANTON, XI, n. 235; MARCADÉ, IV, n. 621; SCHÜLLER, op art. 1326 B. W. — (3) MARCADÉ, IV, n. 622.

renten, waarvan het aandeel ontvangen is, niet onaannemelijk zijn (1), maar de wet schijnt haar echter niet toe te laten. Behalve toch dat anders het eerste gedeelte van art. 1327 vrij doelloos zou zijn, spreekt de wet daar bepaaldelijk van *de vervallen* renten, na eerst gesproken te hebben van een aandeel *in achterstallige renten*, niet in *de* achterstallige renten.

306. Al heeft de schuldeischer ook een en andermaal van eenen schuldenaar zijn aandeel in die achterstallige renten ontvangen, dan geeft dit nog aanstonds geene reden om het daarvoor te houden, dat hij zich in het algemeen tot die verdeeling heeft willen verbinden. Art. 1327 B. W. maakt hierop echter eene uitzondering voor het geval, dat die afzonderlijke betaling gedurende tien achtereenvolgende jaren heeft plaats gehad. Dan wordt de schuldeischer dus geacht toegestemd te hebben in de verdeeling niet slechts der volgende renten, maar ook der hoofdsom (2).

307. Hiertoe is het echter niet voldoende, dat de schuldenaar zijn aandeel in de renten over tien jaren heeft betaald; er is eene afzonderlijke betaling *gedurende tien achtereenvolgende jaren* noodig, of, gelijk art. 1212 C. N. zegt, le payement divisé moet zijn *continué* pendant dix ans consécutifs. Niet het bedrag der renten toch, waarover de afzonderlijke betaling liep, maar het aantal der afzonderlijke en elkander opvolgende, door den schuldeischer aangenomen, betalingen kan met grond tot zijne toestemming in de verdeeling doen besluiten. De reeks van afzonderlijke kwijtingen moet daarom ook door geene andere zijn afgebroken (3).

308. Voor het overige zij aangemerkt, gelijk trouwens ook van zelf uit art. 1327 B. W. volgt, dat ook dan nog de verdere verdeeling ten aanzien van latere renten en hoofdsom alleen ziet op hem, van wien die afzonderlijke betaling gedurende tien jaren is aangenomen.

309. Indien een der schuldenaren de eenige erfgenaam wordt van den schuldeischer, of indien de schuldeischer de eenige erfgenaam wordt van een' der schuldenaren, doet deze schuldvermenging, volgens art. 1324 B. W., de hoofdelijke schuld niet vervallen, dan alleen voor zoo veel het aandeel van dien schuldenaar betreft. Deze kan dus even als de schuldeischer, wiens vertegenwoordiger hij geworden is, de schuld van ieder der overige schuldenaren voor het geheel vorderen; maar dat geheel is nu met zijn aandeel verminderd, omdat dit aandeel in de schuld door schuldvermenging is te niet ge-

---

(1) Verg. echter DURANTON, XI, n. 236; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 303, n. 2. — (2) TOULLIER, VI, n. 745; SCHÜLLER, op art. 1327 B. W. Verg. POTHIER, n. 279. — (3) TOULLIER, VI, n. 745; DURANTON, XI, n. 236.

gaan; anders zou ook ieder zijner mede-schuldenaren dit aandeel van hem kunnen terugvorderen, en die inkorting leidt dus tot eene gepaste vereenvoudiging (1). De bepaling zelve was intusschen noodig, omdat men anders uit de deelbaarheid der schuld ten opzigte der mede-schuldenaren onderling wel eens de opheffing der hoofdelijkheid in het algemeen zou kunnen willen afleiden.

310. De wet veronderstelt, dat een der schuldenaren eenige erfgenaam wordt van den schuldeischer of omgekeerd. Of dit ten gevolge eener uiterste-wilsbeschikking dan wel krachtens de wet geschiedt, is onverschillig. Het is tevens niet noodig, dat zij in het algemeen elkanders erfgenaam zijn, maar voldoende, zoo zij het slechts zijn ten aanzien der hoofdelijke verbindtenis; zoodat hetzelfde ook gelden moet, waar een der schuldenaren met derden als erfgenaam optreedt, maar aan hem die verbindtenis in haar geheel wordt toegedeeld (2).

311. Maar waar een der schuldenaren slechts voor een gedeelte erfgenaam wordt van die verbindtenis, blijft hij ten aanzien van het overige voor het geheel jegens zijne mede-erfgenamen verbonden, en kan als zoodanig van zijne mede-schuldenaren en van ieder hunner voor het geheel slechts het aandeel vorderen, waarvoor hij erfgenaam geworden is. Waar de schuldeischer met anderen erfgenaam wordt van een' der schuldenaren, wordt hij als zoodanig, voor hetgeen de schuld meer bedraagt dan zijn aandeel als erfgenaam, hoofdelijk aansprakelijk jegens zijne mede-erfgenamen, en schijnt hij van de overige schuldenaren alleen het geheel na aftrek van het aandeel van hem, wiens erfgenaam hij met anderen geworden is, en tegen zijne mede-erfgenamen slechts hun aandeel als zoodanig in de geheele schuld te kunnen vorderen (3).

312. De woorden: *of schuldeischer*, in het slot van art. 1324 B. W., even als in art. 1209 C. N. voorkomende, schijnen mij geen gezonden zin op te leveren in eene bepaling, die overigens slechts éénen schuldeischer tegenover onderscheidene hoofdelijke schuldenaren stelt (4). Heeft misschien de wetgever het geval voor den geest gehad, maar niet uitgedrukt, dat een der hoofdelijke schuldeischers ten aanzien der verbindtenis eenige erfgenaam wordt van den schuldenaar, of deze eenige erfgenaam van een' der hoofdelijke schuldeischers? Dit schijnt mij niet onaannemelijk, en voorzeker moet dan de hoofdelijkheid ook niet vervallen, maar de schuld zelve alleen verminderd worden met het aandeel van dien schuldeischer. Art.

---

(1) POTHIER, n. 276; DE PINTO, II, § 706, bl. 361 en v.; 3e uitg. § 759, bl. 454. — (2) SCHÜLLER, op art. 1324 B. W. — (3) Verg. DURANTON, XI, n. 222; MARCADÉ, IV, n. 618. — (4) Verg. MARCADÉ, IV, n. 617.

1324 schijnt alzoo in het slot van algemeener strekking te zijn dan in den aanvang, dat ook werkelijk te beperkt geacht mag worden.

313. Wanneer een der hoofdelijke schuldenaren sterft met achterlating van erfgenamen, verandert de verbindtenis daardoor niet van aard, maar blijft zij hoofdelijk, doch ten aanzien dier erfgenamen alleen gezamenlijk. Ieder hunner op zich zelf beschouwd is geen hoofdelijk schuldenaar voor het geheel; tezamen slechts tot het geheel verbonden, zijn zij dit elk afzonderlijk niet verder dan het aandeel, dat zij als erfgenamen in de geheele schuld zouden moeten dragen, en ook hunne betrekking van erfgenamen brengt tusschen hen zelve geene hoofdelijkheid te weeg. Wij behoeven de gevolgen hiervan niet in het breede te vermelden; het zij voldoende aan te merken, dat eene aan de gezamenlijke erfgenamen gedane aanmaning ook voor de overige mede-schuldenaren de verjaring stuit, eene ingebrekestelling aan hen gezamenlijk gerigt ook voor de overigen gevolgen heeft; maar dat elke handeling, die alleen tegen één' dier erfgenamen gerigt is, ook alleen tegen hem werkt, niet tegen de hoofdelijke mede-schuldenaren en zelfs niet tegen de andere erfgenamen; verg. art. 2020 *b* en *c* B. W. (1).

§ 20.

Van de onderlinge verpligtingen der hoofdelijke schuldenaren.

314. De hoofdelijkheid eener verbindtenis is slechts een voorregt van den schuldeischer. De schuldenaren zijn alle verbonden en met elkander tot de verschuldigde levering of handeling verpligt. Vanhier dat, gelijk ook art. 1328 B. W. zegt, eene verbindtenis, ofschoon hoofdelijk zijnde ten aanzien van den schuldeischer, nogtans van regtswege deelbaar is tusschen de schuldenaren, welke onder elkander niet verder dan ieder voor zijn aandeel verbonden zijn. Die met elkander tot hetzelfde verpligt zijn, moeten daartoe onderling wel ieder voor een gedeelte verpligt zijn, want de hoofdelijkheid bestaat slechts tegenover den schuldeischer (2). De bepaling is algemeen en geldt voor allerlei verbindtenissen (3).

315. Hij, die het geheel voldoet, doet dit voor zich en voor zijne mede-schuldenaren, als wier lastgever of negotiorum gestor hij beschouwd kan worden. Deze schuldenaren kunnen daarna wel niet meer door den schuldeischer worden aangesproken, maar zij zijn daarom door de daad van den mede-schuldenaar niet geheel van hunne ver-

---

(1) Toullier, VI, n. 747; zachariae, I, § 298, bl. 301, n. 2. — (2) Pothier, n. 264; schüller, op art. 1328 B. W. — (3) Marcadé, IV, n. 623.

pligting ontslagen. De voldoening, door een' der schuldenaren geschied, bevrijdt wel, volgens art. 1316 B. W., de overigen ten aanzien van den schuldeischer, maar jegens elkander zijn zij tot vergoeding verpligt van hetgeen de een boven zijn aandeel heeft voldaan. En daar met betrekking tot hen onderling geene hoofdelijkheid bestaat, kan, gelijk ook art. 1329 *a* B. W. vaststelt, hij, die de geheele schuld voldaan heeft, van zijne mede-schuldenaren niet meer terugvorderen, dan het aandeel van ieder hunner bedraagt.

316. Dit laatste geldt ook dan, wanneer de schuldeischer, van een' der schuldenaren het geheel ontvangende, dezen in zijne plaats stelt. Tusschen hoofdelijke schuldenaren, die ieder met en voor anderen gehouden zijn tot voldoening eener schuld, en dus belang hadden om deze te voldoen, zou, volgens art. 1438, 3° B W., uit kracht der wet subrogatie plaats hebben. Maar desniettegenstaande worden de hoofdelijke schuldenaren gezegd onder elkander slechts ieder voor zijn aandeel verbonden en aan terugvordering onderworpen te zijn, en eene subrogatie ten gevolge van overeenkomst tusschen den schuldeischer en den schuldenaar, die betaalt, schijnt dus aan dezen ten aanzien zijner mede-schuldenaren geen uitgestrekter regt te kunnen geven. Het tegendeel zou ook slechts tot meer verwikkeling leiden (1).

317. Het aandeel, waarvan hier gesproken wordt, is in den regel voor allen gelijk. Dit is echter geheel afhankelijk van de wijze, waarop de schuldenaren onderling hunne verpligting ten aanzien der verbindtenis geregeld hebben; en het is zeer mogelijk, dat te dien aanzien de een voor een grooter aandeel tot de schuld moet bijdragen dan de ander. Dat dit werkelijk zoo tusschen hen is geregeld, zal bewezen moeten worden door hem, die er zich op beroept.

318. Wij hebben reeds aangemerkt, dat, wanneer niet alle schuldenaren op dezelfde wijze verbonden waren, de zuiver verbondene, zoo hij het geheel voldaan heeft, van de overigen hun aandeel niet terugvorderen kan, voordat de voorwaarde of de tijdsbepaling, waaronder zij verbonden zijn, vervuld is. Zoo de geheele verbindtenis voorwaardelijk of met eene tijdsbepaling aangegaan is, geeft eene voorbarige betaling ook geen dadelijk regt van terugvordering. Maar zoo de schuld bij termijnen voldaan moet worden, kan hij, die den eersten termijn geheel voldaan heeft, het aandeel der overigen daarin aanstonds terugvorderen, al bedroeg ook het betaalde niet meer dan zijn aandeel in de geheele schuld (2).

319. Hij, die betaald heeft, kan van de overigen niet meer terug-

---

(1) POTHIER, n. 280 en v.; DURANTON, XI, n. 243 en v.; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 304 en n. 1; MARCADÉ, IV, n. 624. Verg. echter OPZOOMER, II, bl. 290 en v. — (2) DURANTON, XI, n. 245.

vorderen, dan het aandeel van ieder bedraagt, zegt de wet. Dit strekt alleen om alle denkbeeld van hoofdelijkheid uit te sluiten; eene meer beperkende kracht heeft het niet. Dat men echter daarom den schuldenaar, die betaald heeft, het regt moet toekennen om interessen te vragen van zijne mede-schuldenaren naar ieders aandeel, sedert den dag zijner betaling (1), komt mij in het algemeen niet gegrond voor. De analogie van hetgeen art. 1876 *a* B. W. omtrent borgen en hetgeen art. 1847 B. W. ten aanzien van den lasthebber bepaalt, moge dit schijnbaar niet onaannemelijk maken, het is toch hier niet bepaald, en de overige schuldenaren zouden zich dus met grond kunnen beroepen op den algemeenen regel, dat interessen alleen verschuldigd zijn door eenen schuldenaar, die in gebreke is. Een der hoofdelijke schuldenaren zou anders ook de overigen door zijne daad tot betaling van interessen kunnen verpligten, waartoe zij zonder die daad niet verpligt waren. Ik geloof daarom, dat hij, die betaalt, van zijne mede-schuldenaren slechts interessen kan vorderen sedert den dag, waarop hij deze tot terugbetaling voor hun aandeel heeft aangemaand; tenzij hij zelf mogt betaald hebben op eene vordering of aanmaning van den schuldeischer, die voor allen ten voordeele van dezen de interessen deed loopen; dan toch is hij te dien aanzien, volgens art. 1438, 3° B. W., in de regten van dien schuldeischer getreden.

320. Op welke wijze de schuldenaar aan de verbindtenis voldaan heeft, is onverschillig; en ook dan, wanneer door schuldvernieuwing een der schuldenaren alleen voor het geheel verbonden is geworden, heeft hij, voor hetgeen zijn aandeel te boven gaat, zijn verhaal op de mede-schuldenaren, die door zijn toedoen bevrijd zijn.

321. De wet veronderstelt, dat een der schuldenaren de geheele schuld voldaan heeft, en het komt mij meest aannemelijk voor, dat, zoo hij slechts gedeeltelijk voor een grooter gedeelte dan zijn aandeel in de schuld voldaan heeft, hij vóór de voldoening der geheele schuld van de overigen niets kan terugvorderen, maar dat dit eerst kan volgen bij de afrekening na de geheele voldoening. Anders toch zou ieder der overige schuldenaren, ten aanzien van het overige voor het geheel verbonden blijvende, ligt gevaar loopen van ook weer meer dan zijn aandeel te voldoen, en alzoo later bevonden kunnen worden, ten onregte een gedeelte aan den eerstbedoelden schuldenaar te hebben teruggegeven. Art. 1329 *a* B. W. spreekt dan ook van het voldoen der *geheele* schuld (2).

322. Indien een der mede-schuldenaren onvermogend is om te betalen, wordt het verlies, door zijn onvermogen veroorzaakt, volgens

---

(1) DURANTON, XI, n. 246; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 303 en n. 7. — (2) Verg. echter ook DURANTON, XI, n. 245.

art. 1329 *b* B. W., pondpondsgelijk verdeeld tusschen de overige schuldenaren, die betalen kunnen, en dengene, die de schuld voldaan heeft; d. i. allen deelen in dat verlies in dezelfde verhouding als hun aandeel in de schuld zelve aanwijst. Ieder voor het geheel aansprakelijk zijnde waren zij tevens tezamen tot het geheel verbonden, naarmate van ieders aandeel; deze bepaling werd dus door de billijkheid gevorderd, en hij, die betaald heeft, moet zelf evenzeer in het verlies deelen als de overigen (1).

323. Dit geldt ook dan, wanneer een der schuldenaren van zijne hoofdelijke verbindtenis was ontslagen door den schuldeischer. Wanneer dan één of meer der overige schuldenaren onvermogend zijn geworden, wordt, volgens art. 1330 B. W., het aandeel dier onvermogenden pondpondsgelijk omgeslagen over al de schuldenaren, zelfs over degenen, die bevorens van de hoofdelijke verbindtenis zijn ontslagen. Dit laatste is het, wat deze bepaling moest beslissen. Het is billijk; hoezeer toch een der schuldenaren door den schuldeischer van de hoofdelijke verbindtenis ontslagen is, en dus door dezen niet meer als hoofdelijk schuldenaar kan worden aangesproken, wordt hij echter daardoor niet ontheven van de betrekking, die er tusschen hem en zijne mede-schuldenaren bestond; eene betrekking, die aan deze regten geeft, welke hun door den schuldeischer niet konden worden ontnomen (2).

324. De gelijke bepaling van art. 1215 C. N. is in dien zin uitgelegd geworden, dat zij niet kan strekken om hen, die van de hoofdelijke verbindtenis ontslagen zijn, de gevolgen te doen dragen van een onvermogen, waarvoor zij niet meer verantwoordelijk zijn, maar dat zij alleen moet aanduiden, dat de schuldeischer zijne hoofdelijke vordering tegen de niet ontslagene schuldenaren alleen behoudt, onder aftrek der aandeelen van de ontslagene schuldenaren; aandeelen, waarvoor de anderen niet meer gehouden zijn, omdat zij, door toedoen van den schuldeischer tegen deze deswege geen verhaal meer kunnen uitoefenen (3). Dit is echter geheel iets anders dan de wet zegt; men had dus wel een bepaalden grond mogen aanvoeren voor deze afwijking van de wet, die in het algemeen door redenering niet kan vergoed worden, maar hier te minder aannemelijk is, omdat de wetsbepaling zelve een zeer gezonden zin oplevert, en niet het regt der schuldeischers, maar de verpligting der schuldenaren onderling

---

(1) Verg. POTHIER, n. 282; V. SAVIGNY, *Obligr.*, I, bl. 266 en v. — (2) SCHÜLLER, op art. 1330 B. W.; DE PINTO, II, 3 uitg. § 762, bl. 455 en v.; DURANTON, XI, n. 224; MARCADÉ, IV, n. 625. — (3) Verg. POTHIER, n. 275; TOULLIER, VI, n. 739; DURANTON, XI, n. 231; ZACHARIAE, I, § 298, bl. 303, n. 1.

regelt. Het is ook onjuist, dat de overige schuldenaren door toedoen van den schuldeischer geen verhaal zouden kunnen uitoefenen tegen hunne medeschuldenaren, daar het ontslag voor dezen eene res inter alios is, die de betrekking tusschen hen en gene niet opheft. Maar de ontslagene schuldenaren kunnen zich hierom op dat ontslag niet beroepen, om zich te ontslaan van bij te dragen in het verlies, veroorzaakt door het onvermogen van een' of meer der schuldenaren (1).

325. Bij al het gezegde is verondersteld, dat al de hoofdelijke schuldenaren niet slechts hoofdelijk jegens den schuldeischer verbonden, maar ook onderling gezamenlijk in de schuld betrokken zijn. Indien de zaak, waarvoor verscheidene personen zich als hoofdelijke mede-schuldenaren hebben verbonden, slechts een' van hen aangaat, zijn zij, volgens art. 1331 B. W., wel ieder voor het geheel aan den schuldeischer verbonden, anders toch zouden zij geene hoofdelijke schuldenaren zijn, maar onder elkander worden zij beschouwd als borgen voor dengene, wien de zaak betreft, en moeten diensvolgens door dezen schadeloos worden gesteld. Indien alzoo deze de geheele schuld voldaan heeft, heeft hij geen verhaal op de anderen; zoo een van deze voldaan heeft, heeft hij op genen zijn verhaal voor het geheel, of zoo er meer zijn, wie de zaak aangaat, op hen gezamenlijk ieder voor zijn aandeel; terwijl dezen, zoo een hunner onvermogend is om zijn aandeel geheel of ten deele te voldoen, ook dat aandeel naar evenredigheid dragen moeten, zoodat zij, wie de zaak niet aangaat, schadeloos worden gesteld (2). Dit staat geheel in verband met hetgeen wij aanmerkten omtrent de deelbaarheid der schuld onder de schuldenaren, naar het aandeel van ieder hunner.

AFDEELING IX.

Van deelbare en ondeelbare verbindtenissen.

§ 21.

Wat deelbare of ondeelbare verbindtenissen zijn.

326. De hoofdelijkheid of niet-hoofdelijkheid eener verbindtenis hangt geheel af van de bepalingen, deswege door de wet of door de

(1) Verg. MARCADÉ, IV, n. 625; OPZOOMER, II, bl. 292 en v. — (2) POTHIER, n. 282; TOULLIER, VI, n. 734; DURANTON, XI, n. 241; MARCADÉ, IV, n. 626; DE PINTO, II, § 703, 2, bl. 360; 3e uitg. § 755, 2, bl. 453; SCHÜLLER, op art. 1331 B. W.

partijen gemaakt. Geheel anders is dit met de deelbaarheid of ondeelbaarheid der verbindtenis, die eeniglijk afhangt van den aard van haar onderwerp en van de vraag, of dit onderwerp deelbaar of ondeelbaar is. Art. 1332 B. W. bepaalt dienaangaande: »eene verbindtenis is deelbaar of ondeelbaar naar mate dezelve tot onderwerp heeft of eene zaak die in de levering, of eene daad die in de uitvoering al of niet vatbaar is, hetzij voor ligchamelijke, hetzij voor onligchamelijke verdeeling." Waar die vatbaarheid niet bestaat, daar bestaat volstrekte ondeelbaarheid, en wordt door de schrijvers van een individuum contractu gesproken (1).

327. De wet spreekt van vatbaarheid voor ligchamelijke of onligchamelijke verdeeling. Dat de zaak niet verdeeld is, maakt dus de verbindtenis niet ondeelbaar; de vraag is, of zij verdeeld *kan* worden of niet (2). Eene ligchamelijke verdeeling der zaak veronderstelt eene werkelijke scheiding van haar in zoovele op zich zelf staande deelen. Eene onligchamelijke verdeeling heeft plaats, waar de zaak zelve geheel in stand blijft, maar aan onderscheidene eigenaren, ieder voor een bepaald aandeel, in onverdeeldheid komt toe te behooren, zoodat ieder zijn onverdeeld aandeel als eene afzonderlijke zaak in zijne magt heeft. Wat voor eene ligchamelijke verdeeling vatbaar is, is het ook voor eene onligchamelijke. Omgekeerd geldt dit niet; een huis b. v. of een paard kan als zoodanig en salva rei substantia niet werkelijk verdeeld worden, maar niets belet, dat ze aan meer dan één voor een bepaald gedeelte toebehooren. En de wet vraagt niet, of het onderwerp der verbindtenis voor ligchamelijke *en* voor onligchamelijke verdeeling vatbaar is, maar alleen of zij het voor ééne van beide is; zoolang zij dit is, is de verbindtenis deelbaar; ondeelbaar eerst waar geenerlei verdeeling mogelijk is (3).

328. Het is de vatbaarheid der zaak zelve voor verdeeling, die in aanmerking komt; dat het voordeel, 'twelk de vervulling der verbindtenis voor den schuldeischer zal opleveren, en het verlies, dat de schuldenaar daarbij ondervindt, deelbaar is, doet niets ter

---

(1) POTHIER, n. 291; TOULLIER, VI, n. 783; DURANTON, XI, n. 255; ZACHARIAE, I, § 301, bl. 307, n. 5; DE PINTO, II, § 709, bl. 362; 3e uitg. § 763, bl. 456; C. G. H. SMITS, *De obligationibus dividuis et individuis* (Utrecht 1841), bl. 13. Verg. MARCADÉ, IV, n. 628. — (2) POTHIER, n. 287; DURANTON, XI, n. 250. — (3) POTHIER, n. 288; TOULLIER, VI, n. 775; DURANTON, XI, n. 251; ZACHARIAE, I, § 301, bl. 307, n. 4; MARCADÉ, IV, n. 631; DE PINTO, t. a. p.; SCHÜLLER, op art. 1332 B. W.; SMITS, bl. 2 en v. OPZOOMER, II, bl. 297 en v., wil de onligchamelijke verdeeling alleen met onligchamelijke zaken in verband gebragt hebben.

zake, dit is altijd deelbaar (1). Maar de zaak zelve is het niet altoos, men denke slechts aan erfdienstbaarheid (2) en hypotheek (3).

329. De wet spreekt in het algemeen van eene verbindtenis, en voorts niet alleen van eene zaak, die in de levering, maar ook van eene daad, die in de uitvoering voor verdeeling vatbaar is. Ook de verbindtenissen om iets te doen kunnen dus deelbaar of ondeelbaar zijn. Het eerste is het geval, waar b. v. de verbindtenis het maken van een zeker aantal gelijke voorwerpen betreft, of zoo dikwijls eene gedeeltelijke uitvoering op zich zelve kan bestaan, als deel der geheele daad; het laatste, waar het eene geldt, die slechts als geheel gedacht, niet in bepaalde deelen verdeeld kan worden (4).

330. En ofschoon de wet daarvan niet bepaaldelijk melding maakt, kan ook eene verbindtenis om iets niet te doen deelbaar of ondeelbaar zijn, naarmate datgene, wat de schuldenaar niet mag doen, al of niet ten deele gedaan, ten deele nagelaten kan worden. Als voorbeeld van het eerste wordt opgegeven de verbindtenis, om den bezitter van een deelbaar erf niet in zijn bezit te storen, aangegaan jegens hem, die dien bezitter moest vrijwaren, of die om een zeker uitgestrektheid boschland niet te ontginnen; hier is stoornis ten aanzien van het gedeelte mogelijk (5).

331. Wanneer de zaak in de levering of de daad in de uitvoering volstrekt voor geene ligchamelijke of onligchamelijke verdeeling vatbaar is, is de verbindtenis, welke die zaak of daad ten onderwerp heeft, stellig ondeelbaar. Zij is echter niet volstrekt deelbaar, zoo dikwijls die zaak of daad op zich zelve beschouwd voor verdeeling vatbaar is. Eene verbindtenis is, volgens art. 1333 B. W., ook ondeelbaar, »ofschoon de zaak of daad, welke zij ten onderwerp heeft, uit haren aard deelbaar zij, indien de strekking der verbindtenis dezelve niet vatbaar maakt voor eene gedeeltelijke uitvoering."

332. Art. 1333 schijnt mij slechts eene nadere verklaring en ontwikkeling te zijn van art. 1332 B. W., en de bewering komt mij onjuist voor, dat er tusschen die beide bepalingen (of wel tusschen de gelijkluidende art. 1218 en 1217 C. N.) eenige tegenstrijdigheid zou bestaan, alsof volgens het eerstgenoemde eene verbindtenis ondeelbaar zijn zou, die volgens het andere als deelbaar beschouwd moest worden (6). Deze beschuldiging schijnt hare aanleiding grootendeels te vinden in eene opvatting van het slot van art

---

(1) POTHIER, n. 290; DURANTON, XI, n. 254. — (2) Verg. hierboven III, n. 698 en v. — (3) Verg. hierboven V, n. 901 en v. — (4) POTHIER, n. 289; DURANTON, XI, n. 252; ZACHARIAE, I, § 301, bl. 307; SMITS, bl. 8 en v. — (5) POTHIER, n. 289; DURANTON, XI, n. 253; ZACHARIAE, I, § 301, bl. 307, n. 8; MARCADÉ, IV, n. 635 en v. — (6) DURANTON, XI, n. 256 en v. Verg. OPZOOMER, II, bl. 293 en v.

1333, die mij voorkomt niet de ware te zijn (1). De, naar het schijnt min juiste, redactie geeft wel is waar aanleiding om bij het woord *dezelve* te denken aan de verbindtenis, zoodat het geheel zou beteekenen, dat de verbindtenis onvatbaar is voor eene gedeeltelijke uitvoering, ofschoon de zaak of daad, die er het onderwerp van is, deelbaar zij (2); en wanneer dit de beteekenis ware, zou er werkelijk strijd tusschen dit en het vorig artikel bestaan. Bij eene naauwkeurige lezing komt het mij echter voor, dat het woord *dezelve* moet terugslaan op de zaak of daad, die, schoon uit haren aard deelbaar zijnde, door de strekking der verbindtenis onvatbaar wordt voor eene gedeeltelijke *levering of* uitvoering. Art. 1333 B. W. spreekt alleen van uitvoering, niet, gelijk art. 1332, van levering en uitvoering; hetzelfde geldt van art. 1217 en 1218 C. N., en dit juist schijnt de bron der verwarring te zijn, ofschoon men daaraan geene te groote kracht moet toekennen. Het woord *uitvoering* wordt wel ook van eene verbindtenis gebruikt, maar evenzeer van de daad, die er het onderwerp van is, gelijk uit art. 1332 B. W. blijkt. Bij eene andere bedoeling had men ook, in plaats van *dezelve*, *haar* of *deze* moeten schrijven; of liever, daar ook dan nog de uitdrukking voor de bedoeling weinig gepast zou zijn, men had de geheele bepaling aldus moeten doen luiden: eene verbindtenis is ondeelbaar, indien hare strekking haar onvatbaar maakt voor eene gedeeltelijke uitvoering, ofschoon de zaak of daad, welke zij tot onderwerp heeft, uit haren aard deelbaar zij; dan zou de beteekenis eene geheel andere wezen, maar dan zou ook de bepaling geheel anders luiden. Het gezegde blijkt nog duidelijker, wanneer men let op art. 1218 C. N., volgens hetwelk l'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait, qui en est l'objet, soit divisible par sa nature, si le rapport, sous lequel *elle* est considerée dans l'obligation ne *la* rend pas susceptible d'exécution partielle. Het woord *elle* zal wel niet slaan op obligation, of er moest gesproken worden van le rapport sous lequel l'obligation est considerée dans l'obligation, hetwelk geen zin zou opleveren; het moet dus slaan op la chose ou le fait, en de bedenking, dat het grammaticaal alleen op het eerste, niet op het laatste kan passen, zal, geloof ik, tegen het aangevoerde wel niet afdoende zijn. En evenzeer schijnt het zeker, dat *la* op hetzelfde terugziet als *elle;* het verband vordert dit, en meer dan waarschijnlijk zou anders de wetgever, in plaats van *la*, gesteld hebben *celle-ci*, hetgeen dan door het verband zou gevorderd zijn.

333. De deelbaarheid of ondeelbaarheid eener verbindtenis blijft dus afhangen van de vraag, of de zaak of de daad, die er het on-

---

(1) Zie echter OPZOOMER, t. a. p. — (2) Zoo ook H. R. 13 Mei 1841, V. D. H., *B. R.*, II, bl. 231; *R. in N.*, III, bl. 125; *W.* 238.

derwerp van is, al of niet deelbaar is. Maar hoe zij dit is, doet minder ter zake, en de uitdrukking: »uit haren aard," die in art. 1333 B. W. voorkomt, wordt in art. 1332 niet gevonden. Waar het onderwerp uit zijn' aard ondeelbaar is, kan het niet deelbaar gemaakt worden, en te dien aanzien behoefde dus art. 1332 geene nadere ontwikkeling. Maar het is mogelijk, dat dit onderwerp, schoon uit zijn' aard deelbaar, door de strekking der verbindtenis ondeelbaar wordt; nu is het ondeelbaar geworden, maar dit lag niet duidelijk genoeg in art. 1332 opgesloten, om eene nadere bepaling deswege overbodig te maken. Hetgeen aldus ondeelbaar is, volgens art. 1333 B. W., wordt door de schrijvers genoemd individuum obligatione, omdat de ondeelbaarheid, niet in den aard der zaak liggende, eerst een gevolg der verbindtenis is (1).

334. Het gezegde toont tevens de ongegrondheid aan van eene andere beschuldiging van tegenstrijdigheid tusschen art. 1333 en art. 1336, bepaaldelijk onder 2° en 5° B. W., als zou dezelfde verbindtenis volgens het eerstgenoemde ondeelbaar, volgens laatstgenoemde deelbaar zijn (2). Art. 1336 veronderstelt inderdaad, dat de verbindtenis deelbaar is; de aanhef, in verband met het voorgaand artikel, laat deswege geen twijfel over. Maar hoezeer de verbindtenis deelbaar is, zijn echter ten aanzien der voldoening bijzondere bepalingen noodig geacht, die deze aan die eener ondeelbare verbindtenis gelijk maken. De schrijvers spreken hier van een individuum solutione tantum. Onze wet erkent hier geene ondeelbare verbindtenis. Natuurlijk denkende aan een onderwerp, dat uit zijn' aard deelbaar is, veronderstelt zij, dat het ook niet door de strekking der verbindtenis voor verdeeling onvatbaar is geworden; anders toch ware deswege geene afzonderlijke bepaling noodig geweest. In het geval van art. 1333 B. W. is eene verdeeling der zaak of daad, zoo al zij het onderwerp der verbindtenis is, onmogelijk; de zaak is daarvoor *niet vatbaar*. Dit is in het geval van art. 1336, 5° B. W. zoo niet; daar kan de zaak wel verdeeld worden, maar hebben partijen slechts de bedoeling gehad, dat de schuld niet bij gedeelten voldaan zal worden, en zou dus zoodanige verdeeling wel mogelijk, maar voor partijen nadeelig zijn (3).

335. Wat art. 1336, 2° B. W. betreft, eene tegenstrijdigheid daarvan met art. 1333 kan alleen beweerd worden, wanneer men, gelijk DURANTON, als voorbeeld voor het laatste aanvoert de verbindtenis tot het geven eener bepaalde zaak, b. v. van een paard. Dit

---

(1) DE PINTO, II, § 710, bl. 362; 3e uitg. § 764, bl. 456; POTHIER, n. 292 en v. Verg. ZACHARIAE, I, § 301, bl. 308; MARCADÉ, IV, n. 628. — (2) Zoo DURANTON, XI, n. 257 en v. Verg. SMITS, bl. 15—18, 51. — (3) Verg. ZACHARIAE, I, § 301, bl. 311, n. 1.

voorbeeld schijnt mij echter zeer ongelukkig gekozen; waar eenvoudig een paard verschuldigd is, kan dat paard *door de strekking der verbindtenis* niet ondeelbaar zijn; ook het bouwen van een huis, dat ik liever tot art. 1336, 5° zou brengen, schijnt mij minder juist als voorbeeld voor art. 1333 B. W. aangevoerd te kunnen worden (1). Het komt mij voor, dat het onderwerp in de verbindtenis noodwendig met iets anders in verband gebragt of althans nader bepaald moet zijn. Zoo is, waar een grondstuk gekocht wordt tot eenig doel, waartoe het geheel noodig is, dat grondstuk door die nadere bepaling ondeelbaar geworden, en daardoor ook de verbindtenis ondeelbaar (2).

336. Alle verbindtenissen, die niet, volgens het gezegde, ondeelbaar zijn, zijn deelbaar. Bepaaldelijk geeft ook, volgens art. 1334 B. W., het hoofdelijke eener verbindtenis haar geenszins het kenmerk van ondeelbaarheid; en zulks in het algemeen, onverschillig of de hoofdelijkheid een gevolg is van de overeenkomst der partijen of van de bepaling der wet. Wederkeerig zijn aan eene ondeelbare verbindtenis ook niet dezelfde gevolgen verbonden als aan eene hoofdelijke (3). Art. 2020 *b* B. W. geeft daarvan het bewijs, gelijk in het algemeen, de ondeelbaarheid ook ten aanzien der erfgenamen gelijkelijk werkt, hetwelk met de hoofdelijkheid anders is.

§ 22.

Van de gevolgen der deelbaarheid of ondeelbaarheid van verbindtenissen.

337. Wanneer er slechts een enkel schuldeischer en een enkel schuldenaar bestaat, is er in de gevolgen geen onderscheid tusschen eene deelbare en eene ondeelbare verbindtenis; »de verbindtenis, die voor verdeeling vatbaar is, moet," volgens art. 1335 B. W., «tusschen den schuldenaar en den schuldeischer worden ten uitvoer gebragt, even alsof dezelve ondeelbaar was." Volgens art. 1426 B. W. toch kan geen schuldenaar zijnen schuldeischer verpligten om betaling van eene schuld bij gedeelten te ontvangen, al mogt die schuld ook deelbaar zijn. De verbindtenis is, ofschoon zij deelbaar is, daarom nog niet verdeeld (4); en waar de schuld bij verschillende termijnen betaalbaar is, kan wel ieder termijn afzonderlijk voldaan worden, maar ook slechts in zijn geheel, niet bij gedeelten.

338. De deelbaarheid is, volgens art. 1333 B. W., slechts van

---

(1) Zoo echter POTHIER, n. 292. — (2) ZACHARIAE, I, § 301, bl. 308, n. 1. Verg. MARCADÉ, IV, n. 633 en v. — (3) Verg. DURANTON, XI, n. 266; ZACHARIA, I, § 301, bl. 308 en n. 4 en 5. Anders SCHÜLLER, op art. 1334 B. W. — (4) POTHIER, n. 299.

toepassing ten opzigte van de erfgenamen van den schuldeischer en van den schuldenaar; d. i.: de deelbaarheid, die oorspronkelijk zonder werking was, omdat er slechts één schuldeischer en één schuldenaar waren, begint eerst bij hunne erfgenamen hare werking uit te oefenen. Voor het overige is die werking dezelfde, wanneer er van den beginne meer schuldeischers of schuldenaren waren; en ofschoon in dit en de volgende artikelen bijna altijd van erfgenamen sprake is, is echter, hetgeen van dezen gezegd wordt, evenzeer van toepassing overal waar meer schuldeischers of schuldenaren zijn (1).

339. De wetgever behoefde slechts het geval te vermelden, dat de schuld, die eerst één was, tusschen de erfgenamen verdeeld wordt. Deze kunnen dan, volgens art. 1335 B. W., de schuld niet vorderen of zijn niet verpligt haar te voldoen, dan alleen voor het aandeel, waarvoor zij erfgenamen zijn (2), of waartoe zij gehouden zijn als vertegenwoordigende den schuldeischer of den schuldenaar (3); en dit aandeel kan ieder weer in zijn geheel vorderen en moet ieder in zijn geheel voldoen. Dat aandeel is niet noodzakelijk voor allen gelijk, maar rigt zich noodwendig naar het aandeel, waarvoor zij erfgenamen zijn, daar zij alleen als zoodanig schuldeischer of schuldenaar zijn geworden.

340. De schuld lost zich dan in zoo vele onderscheidene deelen op, en de schuldeischer, die tegen ieder der erfgenamen van den schuldenaar slechts voor diens aandeel aanspraak heeft, kan ook in geval van onvermogen van sommigen hunner, niet meer van hen vorderen. De verdeeling der schuld kan dus nadeelig voor hem werken; maar behalve dat ook de oorspronkelijke schuldenaar ten deele onvermogend had kunnen worden, en hij misschien door eene vroegere vordering voor zijn belang had kunnen waken, en ook, volgens art. 1153 en v. B. W., de afscheiding des boedels vorderen kan, is in allen gevalle het gezegde een noodzakelijk gevolg van het wezen der erfopvolging (4). Hetzelfde geldt ook dan, wanneer een der erfgenamen reeds bij het leven van den erflater zijn aandeel had genoten en verteerd, of wanneer het eene leening van geld betreft, waardoor het vermogen van den erflater is vermeerderd; de wet toch geeft geene aanleiding tot uitzondering ten dezen (5).

341. Wanneer de schuldeischer en de schuldenaar beide erfgenamen nalaten, wordt de schuld aan beide zijden eveneens verdeeld, en de erfgenamen van den eersten kunnen van die van den anderen

---

(1) Verg. ZACHARIAE, I, § 301, bl. 308, n. 6; MARCADÉ, IV, n. 637; OPZOOMER, II, bl. 295. — (2) Verg. Winschoten 3 Jan. 1855, *W.* 1669. — (3) Deze laatste woorden zijn inderdaad overbodig naar onze wet, die bij testamentaire en wettelijke erfopvolging gelijkelijk erfgenamen erkent en deze op dezelfde lijn stelt. Verg. OPZOOMER, II, bl. 299. — (4) TOULLIER, VI, n. 759; DURANTON, XI, n. 271 en v.; SMITS, bl. 22. — (5) SMITS, bl. 22 en v. Anders POTHIER, n. 310.

slechts de voldoening vorderen van hun aandeel in het aandeel van ieder van dezen (1). De verdeeling geschiedt, zoo hier als waar zij slechts aan ééne zijde plaats heeft, verschillend naar den verschillenden aard der voorwerpen. Waar deze daarvoor vatbaar zijn, bekomt ieder erfgenaam daarvan eene zekere hoeveelheid; anders krijgt ieder, ook waar meer zaken verschuldigd waren, in elke van deze zijn aandeel in onverdeeldheid (2).

342. Deze verbrokkeling van schulden en inschulden wordt veelal bij de boedelscheidingen voorgekomen, door aan den eenen erfgenaam deze schuld of inschuld, aan den anderen eene andere in haar geheel toe te wijzen. In het algemeen is dit in het belang van beide partijen; maar ten nadeele der tegenpartij kan zoodanige toewijzing ook niet plaats hebben. De schuldeischer kan dus desniettemin van iederen erfgenaam des schuldenaars diens aandeel in de schuld vorderen, en wanneer hij, die met het geheel der schuld belast werd, onvermogend is of wordt, behoeft hij daardoor slechts voor het aandeel van dien onvermogende nadeel te lijden. Eveneens kan de schuldenaar, die aan een' der erfgenamen van den schuldeischer voor diens aandeel de compensatie kan tegenwerpen, dit aandeel ook terughouden bij de voldoening aan hem, wien de vordering is toebedeeld, of wel aan allen hun aandeel afzonderlijk voldoen. Deze verdeeling toch had van regtswege plaats, en op hetzelfde oogenblik werkte ook de compensatie. Art. 1467 *b* B. W. bepaalt ook, dat de overdragt van regten, waarin de schuldenaar niet heeft toegestemd, slechts de vergelijking belet van schulden, die na de beteekening dier overdragt zijn aangegaan. En zoodanige overdragt van regten heeft hier, eene lastgeving tot voldoening in het andere geval plaats. De bepaling van art. 1129 B. W. kan hier ook niet voor het tegendeel worden aangevoerd, omdat zij alleen op de goederen ziet, maar niet op de schulden en vorderingen van den overledene (3).

343. De verdeeling der schuld, die oorspronkelijk tusschen den schuldeischer en den schuldenaar in haar geheel voldaan moest worden, tusschen hunne erfgenamen voor ieders aandeel, is een gevolg der omstandigheden, 'twelk met deze ophoudt. Wanneer al die aandeelen zich, onverschillig op welke wijze, weder bij éénen schuldeischer of schuldenaar hereenigen, is deze weder tot de vordering van het geheel geregtigd of tot voldoening van het geheel verpligt. Hier toch is weder het geval aanwezig, voorzien in den aanvang van art. 1335 B. W.; en dat de schuld tusschen beiden in aandeelen is verdeeld geweest, kan niets daartegen afdoen, nadat die verdeeling

(1) Toullier, VI, n. 753; duranton, XI, n. 273; smits, bl. 21. — (2) Verg. toullier, VI, n. 754 en v.; pothier, n. 321; smits, bl. 26 en v. — (3) Duranton, XI, n. 274.

heeft opgehouden. Maar die hereeniging kan ook slechts werken sedert zij bestaat, zonder tevens haren invloed uit te oefenen op hetgeen vóór haar wettig is geschied. De verkregene regten der tegenpartij gaan daardoor niet verloren; en zoo het aandeel van een der erfgenamen des schuldeischers door compensatie te niet gegaan, of het aandeel van een der schuldenaren in de schuld daardoor opgeheven is, kan ook de hereeniging der schuld slechts onder aftrek van dat aandeel plaats hebben. In wier belang de verdeeling werkte, doet hier niets ter zake, omdat zij werkt krachtens de wet, die de schuld in zoo vele onderscheidene schulden oplost. Op welke wijze, door betaling, compensatie of anderszins, een aandeel der schuld is te niet gegaan, is daarom ook onverschillig; het is te niet gegaan en kan dus niet mede hereenigd worden (1). Art. 1336 B. W. noemt eenige uitzonderingen op de verdeeling van deelbare verbindtenissen, die wij echter eerst na de gevolgen der ondeelbare verbindtenissen beschouwen zullen.

344. De ondeelbaarheid eener verbindtenis oefent als zoodanig hare werking uit, zoo dikwijls er van den aanvang af meer schuldeischers of schuldenaren zijn, of wel één schuldeischer of schuldenaar meer erfgenamen achterlaat (2). Een iegelijk dergenen, die gezamenlijk tot eene ondeelbare schuld verpligt zijn, is, volgens art. 1337 B. W., voor haar geheel aansprakelijk, al is ook de verbindtenis niet hoofdelijk aangegaan, omdat de ondeelbaarheid niet gegrond is in haren vorm, maar in haar onderwerp; en volgens art. 1338 B. W. geldt ook hetzelfde »omtrent de erfgenamen van dengene, die tot eene zoodanige verbindtenis gehouden is."

345. Waar dus eene verbindtenis ondeelbaar is, kan ieder schuldenaar voor het geheel worden aangesproken, en dien ten gevolge voor het geheel veroordeeld, zonder dat hij de mede-schuldenaren daarin kan doen deelen. Onze wet toch mist de bepaling van art. 1225 C. N., volgens welke »l'héritier du débiteur assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers."

346. Deze bepaling werd bij ons weggelaten, als behoorende tot de manier van procederen, omdat men hier slechts eene vrijwaring meende te zien (3). De juistheid dier beschouwing schijnt intusschen aan bedenking onderhevig te zijn (4). Ware hier aan eene vrijwaring

---

(1) Verg. DURANTON, XI, n. 275. Zie ook POTHIER, n. 319 en v.; TOULLIER, VI, n. 758; MARCADÉ, IV, n. 638; SMITS, bl. 23 en v. — (2) POTHIER, n. 322 en v. — (3) VOORDUIN, V, bl. 46 en v.; ASSER, § 697. — (4) Verg. V. BELL, *De ondeelbaarheid der erfdienstbaarheden*, bl. 68 en v.; mr. J. KAPPEYNE V. D. C., in *Themis*, XIV, bl. 346 en v.

te denken, dan had de C. N. het geval niet kunnen uitzonderen, dat de schuld alleen door den in regten geroepen schuldenaar voldaan kan worden, omdat hij toch ook dezen een verhaal tegen zijne mede-erfgenamen toekent. De bepaling, dat hij in dat geval, behoudens dit verhaal, alleen veroordeeld worden kan, wijst bovendien genoegzaam aan, dat hare kracht daarin bestaat, dat buiten dit eene geval de mede-erfgenamen, in regten geroepen zijnde, mede veroordeeld worden, en de veroordeeling tusschen allen wordt verdeeld; en dit is ook de algemeene opvatting der schrijvers, ook van hen, uit welke de wetgever heeft geput (1). Dit kan geen gevolg zijn eener oproeping in eenvoudige vrijwaring, waaraan hier alleen gedacht kan worden, maar slechts van de bijzondere oproeping in het geding, die art. 1225 C. N. vergunde, en die uitdrukkelijk vergund moest worden, zou men daartoe met dat gevolg bevoegd kunnen zijn.

347. Hoe het zij, deze oproeping is in onze wetgeving onbekend; en de schuldenaar, die tot voldoening van het geheel in regten is geroepen, — hij moge de overigen in vrijwaring oproepen, om aanstonds en zeker tegen dezen zijn verhaal te kunnen uitoefenen, of niet, — moet ook tot voldoening van het geheel veroordeeld worden, bij een vonnis, dat tegen hem alleen kan worden ten uitvoer gelegd. En bij die weglating geloof ik, dat eene onderscheiding tusschen verschillende gevallen, naarmate de schuld alleen door dien schuldenaar, die in regten is geroepen, of wel door hem en door ieder anderen mede-schuldenaar, of slechts door allen tezamen, of wel in het geheel niet meer kan voldaan worden (2), bij ons van geen toepassing is. In al die gevallen toch is ieder schuldenaar evenzeer voor het geheel aansprakelijk; in al die gevallen heeft hij, die veroordeeld is, ook evenzeer zijn verhaal op de overigen. Of, zoo het soms door zijn toedoen mogt veroorzaakt zijn, dat niet is voldaan, houdt wel zijn verhaal tegen de overigen op, maar in al die gevallen evenzeer, en staat dit in verband met het algemeen beginsel, dat ieder de schade moet vergoeden, die hij onregtmatig veroorzaakt; een beginsel, krachtens hetwelk hij, door wiens toedoen de voldoening is verhinderd, tot schadeloosstelling verpligt is jegens hem, die aangesproken wordt door den schuldeischer.

348. Het verdient nog opmerking, dat art. 1337 en v. B. W. het bestaan eener werkelijk ondeelbare schuld veronderstellen. De aansprakelijkheid voor het geheel strekt zich daarbij uit over alles, wat tot de verbindtenis behoort, en waar deze bij niet-vervulling zich op-

---

(1) ZACHARIAE, I, § 301, bl. 309, n. 2. Verg. POTHIER, n. 330 en v., 333; DURANTON, XI, n. 304 en v.; MARCADÉ, IV, n. 645 en v. — (2) Zoo DURANTON, XI, n. 306 en v. Verg. POTHIER, n. 332, die alleen de drie eerste gevallen noemt; MARCADÉ, IV, n. 647.

lost in vergoeding van kosten, schaden en interessen, omdat de werkelijke vervulling der verbindtenis niet meer mogelijk is, daar bestaat geene ondeelbare verbindtenis, omdat die vergoeding zeer wel voor verdeeling vatbaar is, en daar kan dus ook niet één der schuldenaren voor het geheel worden aangesproken. De verbindtenis is slechts ondeelbaar, zoolang zij eene ondeelbare zaak ten onderwerp heeft, niet meer waar eene deelbare zaak in de plaats van dat onderwerp is getreden (1). In dit opzigt werkt de ondeelbaarheid der verbindtenis anders dan de hoofdelijkheid, welke, onafhankelijk van het onderwerp, eene eigenschap der verbindtenis op zich zelve is, die evenzeer geldt voor de schadevergoeding als voor datgene, in welks plaats deze komt (2).

349. Even als ieder schuldenaar bij eene ondeelbare verbindtenis voor het geheel aansprakelijk is, is ook ieder schuldeischer geregtigd, de uitvoering eener ondeelbare verbindtenis in haar geheel te vorderen. Art. 1339 *a* B. W. zegt, dat ieder erfgenaam van den schuldeischer dit kan, zonder, even als ten aanzien der schuldenaren, hetzelfde uitdrukkelijk te zeggen van allen, die gezamenlijk tot eene ondeelbare schuld geregtigd zijn. Het is echter niet twijfelachtig, dat ook hier het gevolg hetzelfde is, onverschillig of er aanstonds meer schuldeischers zijn, dan of deze eerst door eene erfopvolging opkomen (3).

350. Ieder schuldeischer is intusschen niet alleen tot het verschuldigde geregtigd; hij kan als een lasthebber zijner mede-schuldeischers beschouwd worden en moet, hetgeen hij heeft ontvangen, met deze verrekenen. Het ontvangen van het verschuldigde is dan ook het eenige, waartoe hij bevoegd is; hij mag zich geene beschikking over de verbindtenis veroorloven. Geen der schuldeischers alleen mag, volgens art. 1339 *b* B. W., de geheele schuld kwijtschelden; en men mag dit veilig aldus opvatten, dat alleen allen tezamen dit mogen, zoodat ook meer dan één daartoe niet bevoegd zijn, wanneer er nog anderen overblijven.

351. Die kwijtscheldt ontvangt niets, en zou als zoodanig ook aan zijne mede-schuldenaren niets verschuldigd wezen, maar dan ook dezen berooven van hun wettig regt. Doch al wilde ook de schuldeischer de verpligting op zich nemen, om, hoezeer zelf niets ontvangende, zijne mede-schuldeischers ieder voor hun aandeel te voldoen, dan zou

---

(1) Verg. ook POTHIER, n. 324, 326; ZACHARIAE, I, § 301, bl. 309; DURANTON, XI, n. 313. DURANTON, XI, n. 311, leert wel het tegendeel, maar op gronden ontleend aan art. 1218 en 1221, 5° C. N., waarvan hij den zin niet juist opgevat schijnt te hebben. — (2) Verg. POTHIER, n. 324; MARCADÉ, IV, n. 646. — (3) POTHIER, n. 329; DURANTON, XI, n. 312.

hij dezen een anderen schuldenaar opdringen dan zij oorspronkelijk hadden, waartoe hij niet bevoegd is. Wel is het ook mogelijk, dat een schuldeischer, die voldoening van het geheel ontvangen heeft, onvermogend wordt, en aan de overigen hun aandeel niet kan uitkeeren, maar het ligt in den aard der verbindtenis, dat evenwel de schuldenaar door zijne voldoening van het geheel ten volle bevrijd is. Was daarentegen eene kwijtschelding verborgen onder den vorm eener kwijting wegens voorgewende betaling, zoo zouden de mede-schuldeischers geregtigd zijn te bewijzen, wat waarlijk is geschied, en dit als ongeoorloofd te doen vernietigen.

352. Eveneens mag, volgens art. 1339 *b* B. W., geen der schuldeischers alleen, of mogen niet sommigen hunner de waarde ontvangen in plaats van de zaak. Ook de mede-schuldeischers hebben regt op de zaak zelve, en ook te dien opzigte kan in hun regt door één hunner geene verandering worden gemaakt. Wordt de waarde in de plaats der zaak zelve gesteld, zoo zou bovendien de verbindtenis niet ondeelbaar zijn, omdat die waarde niet ondeelbaar is, en één der schuldeischers zou dus niet meer geregtigd zijn het geheel te nemen (1).

353. Ieder schuldeischer heeft intusschen zijn regt op zijn aandeel; en eene kwijtschelding van het geheel of het ontvangen der waarde in plaats der zaak zelve behoeft dus niet geheel zonder kracht te zijn. Art. 1339 *c* B. W. bepaalt daarom, dat in die gevallen de mede-erfgenaam de ondeelbare zaak niet vorderen mag, tenzij in rekening brengende het aandeel van den mede-erfgenaam, die de schuld heeft kwijtgescholden of de waarde ontvangen. DURANTON (2) schijnt dit aldus op te vatten, dat de mede-schuldeischer geene som gelds aan den schuldenaar zal kunnen geven voor het aandeel van hem, die kwijtgescholden heeft, wanneer zij althans deswege niet zijn overeengekomen, maar dat de schuldenaar voor dat aandeel in plaats van hem, die kwijtgescholden of de waarde ontvangen heeft, met de mede-schuldeischers geregtigd wordt tot de ondeelbare zaak. Dit schijnt echter te strijden met de natuurlijke beteekenis der uitdrukking: »in rekening brengen." En POTHIER, wien de Fransche wetgever ook hier gevolgd heeft, leert uitdrukkelijk, dat de andere erfgenaam ook hier de geheele zaak van den schuldenaar kan vorderen, maar alleen »en offrant de lui faire raison de la moîtié de l'estimation de cette chose; car," voegt hij er bij, »la chose due, quoiqu' indivisible en soi, a néanmoins une estimation, laquelle est divisible, et à laquelle on peut en ce cas avoir recours" (3). POTHIER

(1) Verg. DURANTON, XI, n. 313; ZACHARIAE, I, § 301, bl. 309, n. 1; SCHÜLLER, op art. 1339 B. W. — (2) XI, n. 315. — (3) POTHIER, n. 327.

voegt er nog bij, dat de schuldenaar niet volstaan kan met aan de overige erfgenamen hun aandeel in de waarde der zaak aan te bieden, omdat deze schuldeischers zijn ten aanzien der zaak zelve.

354. Men heeft hetzelfde ook willen toepassen, waar de schuldenaar voor een deel erfgenaam is geworden van den schuldeischer, of deze van genen (1). Hier verkrijgt echter ten gevolge der erfopvolging de schuldenaar dezelfde regten, als hij zou verkregen hebben, zoo niet hij, maar een ander de schuldenaar was. Dit geschiedt krachtens de wet, niet door de daad van een' der schuldeischers, en hier zou ik daarom liever den schuldenaar beschouwen als medegeregtigde voor zijn aandeel.

355. De bepalingen van art. 1337—1339 B. W. zijn gegrond in de eenheid eener ondeelbare verbindtenis. Deze heeft ook ten gevolge, dat, even als bij eene hoofdelijke verbindtenis, de stuiting der verjaring tegen één der schuldenaren tegen allen werkt, en dat, volgens art. 2020 *b* B. W., dit zelfs geldt, waar de stuiting heeft plaats gehad jegens eenen erfgenaam van een der schuldenaren, terwijl bij eene hoofdelijke verbindtenis de werking daarvan tot dien erfgenaam bepaald is. Hetzelfde moet ook aan den kant der schuldeischers worden aangenomen (2). Een ander gevolg van hetzelfde beginsel is de bepaling van art. 1346 B. W.

356. Wij hebben vroeger reeds gezegd, dat het beginsel, dat eene deelbare schuld door den schuldeischer en zijne erfgenamen van die van den schuldenaar slechts voor ieders aandeel kan gevorderd worden, uitzondering lijdt in de gevallen, genoemd in art. 1336 B. W.; wij zullen die thans beschouwen (3). Vooraf zij aangemerkt, dat, volgens den aanhef van dat artikel, die uitzondering alleen geldt ten opzigte der erfgenamen van den schuldenaar. Ten aanzien van die des schuldeischers oefent dus ook in die gevallen de deelbaarheid hare werking uit (4), behoudens natuurlijk hetgeen de omstandigheden te dien aanzien noodzakelijk mogten medebrengen, gelijk wij gelegenheid zullen hebben op te merken.

357. Art. 1336 B. W. erkent vooreerst eene uitzondering in geval het eene hypothecaire schuld betreft. De op zich zelve deelbare schuld wordt ook door de hypotheek niet ondeelbaar, de schuldeischer kan dus van ieder' erfgenaam zijn aandeel in de schuld vorderen, en

Zie ook MALLEVILLE, op art. 1224 C. N., III, bl. 83; ZACHARIAE, I, § 301, bl. 308 en v., n. 9; MARCADÉ, IV, n. 644.

(1) POTHIER, n. 328; DURANTON, XI, n. 314. — (2) Verg. DURANTON, XI, n. 267; ZACHARIAE, § 301, bl. 309. — (3) OPZOOMER, II, bl. 296 en v., noemt dit geheele art. overtollig. MARCADÉ, IV, n. 640 en v., erkent slechts drie uitzonderingen, die onder n. 2, 4 en 5 zijn genoemd. Verg. mr. B. J. GRATAMA, in *Themis*, 2, III, art. 87 en v. — (4) DURANTON, XI, n. 276; ZACHARIAE, I, § 301, bl. 309 en v., n. 8; MARCADÉ, VI, n. 642; SMITS, bl. 54.

de erfgenamen kunnen ook ieder zijn aandeel aan hem voldoen, terwijl dan de ondeelbare hypotheek in haar geheel gevestigd blijft en niet voor een gedeelte wordt opgeheven. Maar de schuldeischer kan ook den erfgenaam, die in het bezit is van het belaste goed, voor het geheel vervolgen op dat goed, behoudens het verhaal van dezen op zijne mede-erfgenamen. De hypotheek toch geeft den schuldeischer regt om de voldoening der schuld op het bezwaarde goed te vervolgen; hij kan dit dus voor het geheel en moet dit natuurlijk doen tegen hem, die het goed bezit, als zoodanig. Deze is overigens daardoor persoonlijk niet meer verbonden, dan hij zou zijn, zoo hij het goed niet bezat, en kan, nadat hij het vervreemd heeft, ook weder alleen voor zijn aandeel worden aangesproken (1). Wat de erfgenamen van den schuldeischer betreft, deze hebben wel de geheele hypotheek ook tot waarborg voor hun aandeel, maar geen hunner kan meer dan zijn aandeel van den schuldenaar vorderen, terwijl evenwel de hypotheek blijft bestaan, totdat allen zijn voldaan.

358. Ofschoon de wet het niet zegt, mag ook hetzelfde worden aangenomen, waar pand bestaat, of eene op bepaalde goederen bevoorregte schuld, wanneer het te pand gegevene of het goed, waarop de schuld bevoorregt is, aan een' der erfgenamen is toebedeeld geworden (2).

359. Eene tweede uitzondering heeft, volgens art. 1336 B. W., plaats, wanneer de schuld in eene bepaalde zaak bestaat, d. i. eene zaak, die niet alleen ten aanzien harer soort, maar ook individueel bepaald is; terwijl de wet voorts veronderstelt, dat zij aan een' der erfgenamen als zoodanig ten deel is gevallen. De zaak wordt verder geacht voor ligchamelijke of onligchamelijke verdeeling vatbaar te zijn, want hier is sprake van deelbare verbindtenissen. Zoolang nu de zaak aan alle erfgenamen gemeen en door hen in onverdeeldheid bezeten is, kan de schuldeischer van ieder slechts zijn aandeel daarin vorderen, omdat ieders regt daarop zich tot dat aandeel bepaalt (3). De schuldeischer kan eveneens allen voor hun aandeel vervolgen, nadat de zaak bij scheiding aan één' hunner is toebedeeld, omdat de overigen daardoor niet van hunne schuld worden ontheven, maar evenzeer des schuldeischers schuldenaren blijven. De wet ontneemt hem ook die bevoegdheid niet, maar wijst hem tevens een gemakkelijken weg aan; hij *kan* den erfgenaam, die in het bezit is van de

(1) POTHIER, n. 300; TOULLIER, VI, n. 762 en v.; DURANTON, XI, n. 277 en v.; ZACHARIAE, I, § 301, bl. 310 en n. 1; SMITS, bl. 28—33. Verg. MARCADÉ, IV, n. 641, 1°. — (2) DURANTON, XI, n. 280; SMITS, bl. 30 en v. — (3) ZACHARIAE, I, § 301, bl. 310 en n. 2, 3.

verschuldigde zaak, voor het geheel vervolgen op die zaak, behoudens het verhaal van dezen op zijne mede-erfgenamen (1).

360. De erfgenamen van den schuldeischer kunnen, zoolang de verschuldigde zaak aan niemand hunner door scheiding is toegewezen, slechts óf tezamen het geheel óf ieder zijn aandeel vorderen. Maar nadat bij scheiding de zaak aan een' hunner is toegekend, kan deze haar geheel vorderen. Dit is geene uitzondering op de bepaling omtrent de gevolgen der deelbaarheid; hier toch geldt weder de aanhef van art. 1335 B. W., daar er slechts één schuldeischer is, namelijk de erfgenaam, die, volgens art. 1129 B. W., geacht wordt ten aanzien van die zaak onmiddellijk aan den erflater te zijn opgevolgd (2).

361. Art. 1336 B. W. spreekt van eene derde uitzondering ten opzigte van eene alternatieve schuld van zaken, ter keuze van den schuldeischer, indien eene dier zaken ondeelbaar is. Dat in dit geval de erfgenamen van den schuldenaar niet op grond van de deelbaarheid der andere zaak den schuldeischer beperken kunnen in zijne keuze en in zijn regt, om de ondeelbare zaak te kiezen, spreekt wel van zelf, en de bepaling zou doelloos zijn, zoo zij alleen moest strekken om dit te bepalen (3). Maar dit komt mij minder aannemelijk voor, daar de uitzondering, even als in de beide vorige gevallen, zoo ook hier gezegd wordt daarin gelegen te zijn, dat de erfgenaam, die in het bezit is van de verschuldigde zaak, daarop voor het geheel kan vervolgd worden, behoudens zijn verhaal op zijne mede-erfgenamen. Dat de schuldeischer de ondeelbare zaak, zoo zijne keuze op deze valt, voor het geheel van den bezitter vorderen kan, behoefde ook wel niet als uitzondering te worden vastgesteld, en schijnt dus ook de bedoeling der bepaling niet te zijn. Het komt mij daarom voor, dat ook de deelbare zaak, zoo de schuldeischer deze kiest, door hem voor het geheel van den bezitter kan gevorderd worden, en dat, zoo hare deelbaarheid op zich zelve dit zou uitsluiten, het verband, dat er tusschen haar en de ondeelbare zaak bestaat, hier het tegendeel heeft doen bepalen (4). Dit schijnt mij de eenige verklaring te zijn, die de woorden der wet toelaten. Deze spreekt voorts bepaaldelijk van eene alternatieve schuld van zaken, en men schijnt daarbij aan bepaalde zaken te moeten denken.

362. De vierde uitzondering heeft plaats, indien bij den titel één

---

(1) Verg. POTHIER, n. 301 en v.; DURANTON, XI, n. 281 en v.; ZACHARIAE, I, § 301, bl. 310 en n. 4 en v. — (2) DURANTON, XI, n. 288. — (3) Zoo TOULLIER, VI, n. 765; ZACHARIAE, I, § 301, bl. 310 en n. 6. Verg. DURANTON, XI, n. 289 en v.; MARCADÉ, IV, n. 641, 3; DE PINTO, II, § 713, bl. 363 en v.; 3e uitg. § 767, bl. 457 en v. — (4) Verg. SMITS, bl. 38 en v. Zie echter OPZOOMER, II, bl. 298.

der erfgenamen alleen met de uitvoering der verbindtenis belast is. De wet bepaalt zulks niet, zoo dikwijls een der erfgenamen met de uitvoering der verbindtenis belast is, maar veronderstelt, dat dit geschied zij bij *den titel.* Dit schijnt in het algemeen te moeten doen denken aan den titel, waarbij de verbindtenis is geregeld, en waarop de schuldeischer zijn regt van vordering grondt. Of dit een uiterste wil of eene overeenkomst is, is onverschillig; en ook eene latere akte tusschen den schuldeischer en den schuldenaar, na het ontstaan der eigenlijke verbindtenis opgemaakt, moet hetzelfde gevolg hebben, om de gelijkheid, die er tusschen deze en den oorspronkelijken titel bestaat (1). Maar eene eenzijdige akte, alleen voor de erfgenamen van den schuldenaar geldende, moge voldoende zijn om onderling een hunner met de uitvoering der verbindtenis te belasten, zij geeft den schuldeischer geen regt, om ook het geheel van één' der erfgenamen te vorderen, en beneemt hem het regt van vordering tegen de overigen niet.

363. De wet veronderstelt voorts niet, dat een der erfgenamen met de verbindtenis zelve belast wordt, zoodat de overige medeerfgenamen daarvan geheel zouden zijn bevrijd. Dit zou ook bij eene overeenkomst met den schuldeischer niet wel kunnen geschieden; omdat, daar de schuld van den schuldenaar zelven van regtswege op al zijne erfgenamen overgaat, eene ontheffing van sommigen van dezen slechts bij een uitersten wil zou kunnen plaats hebben. De wet veronderstelt, dat een der erfgenamen belast is met de uitvoering der verbindtenis, die zelve aan de gezamenlijke erfgenamen gemeen blijft (2).

364. De schuldeischer kan dus ook van hen allen, ieder voor zijn aandeel, de voldoening vorderen; maar, en hierin is de uitzondering gelegen, hij *kan* ook het geheel vorderen van den erfgenaam, die met de schuld belast is. Het Ontwerp van 21 October 1824 zeide, dat in dit geval alleen de erfgenaam, met de schuld belast, voor het geheel vervolgd kan worden. Bij eene nieuwe redactie is aan het woord *alleen* eene andere plaats gegeven (3); en volgens het laatste lid van art. 1336 B. W. kan de erfgenaam, die alleen met de schuld belast is, voor het geheel vervolgd worden. Hierdoor schijnt het ten minste zeker, dat de schuldeischer in dezen de bevoegdheid heeft om óf hem voor het geheel, of ieder voor zijn aandeel te vervolgen. In het eerste geval moet die erfgenaam ook voor het geheel veroordeeld worden. Behalve toch dat art. 1225 C. N. bij ons geen grond van twijfel kan opleveren, zou de geheele strekking der bepaling in

(1) Zachariae, I, § 301, bl. 310 en n. 7. — (2) Pothier, n. 313; Duranton, XI, n. 292—296; Zachariae, I, § 301, bl. 310, n. 9; Marcadé, IV, n. 641, 4°. — (3) Voorduin, V, bl. 45 en v.

den titel verloren gaan, zoo eene veroordeeling bij gedeelten mogelijk ware op eene vervolging voor het geheel (1).

365. Art. 1221 C. N. geeft den erfgenaam, van wien alzoo het geheel gevorderd is, een verhaal op zijne mede-erfgenamen, gelijk dit ook in den aard der zaak schijnt te liggen. Het laatste lid van art. 1336 B. W. geeft dat verhaal intusschen in dit geval niet; want terwijl art. 1221 C. N., eveneens het vierde en vijfde geval vereenigende, eindigt met de woorden: sauf son recours contre ses cohéritiers, spreekt art. 1336 B. W. uitdrukkelijk van het verhaal van *laatstgemelden*, daarbij doelende op het vijfde geval, en dus het vierde uitsluitende. Welke de oorzaak dier afwijking zij, vind ik niet vermeld. Misschien moet zij gezocht worden in de min juiste uitdrukking: »met de *schuld* belast," die dat laatste lid van art. 1336, in navolging van art. 1221 C. N., bezigt, en die welligt den wetgever het geval voor den geest heeft doen zweven, dat een der erfgenamen niet met de uitvoering der verbindtenis alleen, maar met de schuld zelve belast was. Terwijl toch in het eerste geval het verhaal tegen de mede-erfgenamen een noodzakelijk gevolg is der ook op hen klevende verbindtenis, is de uitsluiting van dat verhaal even zeer natuurlijk, waar zij vreemd zijn aan de schuld. Ik noemde intusschen die uitdrukking minder juist, omdat de wetgever, waar hij de vierde der door hem erkende uitzonderingen nader regelt, dit moest doen overeenkomstig zijne eerst gegevene voorstelling daarvan, waarbij hij spreekt van het belast zijn met de uitvoering der verbindtenis; en dus in het laatste lid geen geheel ander geval moest veronderstellen, dan hetwelk onder 4° is genoemd. Het komt mij voor, dat men die zwarigheid alleen kan, maar ook moet oplossen op deze wijze, dat, waar een der erfgenamen slechts met de uitvoering der verbindtenis tegenover den schuldeischer belast is, hij na de geheele voldoening zijn verhaal heeft op zijne mede-erfgenamen, maar dat hij zoodanig verhaal niet kan uitoefenen, waar de schuld zelve te zijnen laste is gesteld. In dit geval bestaat er ook eigenlijk geene uitzondering op hetgeen omtrent deelbare verbindtenissen bepaald is, omdat dit geene toepassing vinden kan, waar niet onderscheidene erfgenamen van den schuldenaar als schuldenaren optreden, maar er slechts één enkele schuldenaar is, in den persoon van den eenen erfgenaam, die met de schuld is belast (2).

366. Art. 1336 B. W. erkent eene vijfde uitzondering, indien, hetzij uit den aard der verbindtenis, hetzij van de zaak, die daarvan het onderwerp uitmaakt, hetzij uit het oogmerk, 'twelk men zich bij

---

(1) ZACHARIAE, I, § 301, bl. 310 en v., n. 10. Zie echter DURANTON, XI, n. 297. — (2) Verg. TOULLIER, VI, n. 773.

de overeenkomst heeft voorgesteld, blijkbaar is, dat het de bedoeling der handelende partijen is geweest, dat de schuld niet bij gedeelten zou kunnen voldaan worden. Ook hier wordt eene deelbare verbindtenis verondersteld, ten onderwerp hebbende eene deelbare zaak. Wanneer de zaak ook al op zich zelve deelbaar is, maar de strekking der verbindtenis haar niet vatbaar maakt voor eene gedeeltelijke voldoening, zoodat, volgens art. 1333 B. W., de verbindtenis ondeelbaar is, komt de bepaling van art. 1336, 5°, gelijk wij reeds zagen, niet te pas. Dit komt te pas waar ook wegens de strekking der verbindtenis eene gedeeltelijke uitvoering zeer goed mogelijk is, maar deze slechts volgens de bedoeling der partijen geen plaats zal hebben (1).

367. De bedoeling der partijen is het dus, waarop het hier aankomt; de beoordeeling daarvan is eene quaestio facti, die naar de omstandigheden beslist moet worden. Waar die bedoeling niet met genoegzame zekerheid kan worden aangenomen, vindt art. 1336, 5° B. W. geene toepassing; maar waar zij blijkt, is het toepasselijk. Waaruit die bedoeling blijkt, is geheel onverschillig; en het komt mij voor, dat men zich in dezen niet streng moet binden aan een onderzoek, welk der kenmerken, door de wet genoemd, in ieder bepaald geval geacht moet worden aanwezig te zijn. Die kenmerken zamengenomen zullen wel alle gevallen omvatten, waarin zoodanige bedoeling kan blijken; maar welk daarvan bepaaldelijk aanwezig is, zal dikwijls hoogst moeijelijk naauwkeurig te beslissen zijn (2).

368. Wij merken intusschen aan, dat de zaak, die het onderwerp der verbindtenis uitmaakt, die bedoeling vooral laat blijken, waar zij bestaat in een voorwerp van eene bepaalde soort, dat slechts als geheel gebruikt kan worden, en wel voor onligchamelijke, maar niet voor ligchamelijke verdeeling vatbaar is. Zoo zal men die bedoeling kunnen aannemen, waar een paard verschuldigd is, niet waar het een vat wijn geldt, omdat het hier meer op de hoeveelheid, dan op de eenheid van het geheel aankomt (3). Uit den aard der verbindtenis kan de bedoeling vooral blijken, wanneer meer zaken verschuldigd zijn, die bij de verbindtenis als een geheel zijn beschouwd; wanneer deze b. v. loopt over een span paarden, eene landhoeve enz. (4). Als voorbeeld, waarin het oogmerk, dat men zich heeft voorgesteld, de bedoeling aanwijst, wordt bijgebragt het geval, dat eene zekere som gelds is toegezegd om den schuldeischer uit de gijzeling te doen ontslaan (5).

---

(1) Verg. MARCADÉ, IV, n. 641, 5°. Anders DURANTON, XI, n. 299. — (2) Verg. ZACHARIAE, I, § 301, bl. 311 en n. 2; MARCADÉ, t. a. p. — (3) POTHIER, n. 315; TOULLIER, VI, n. 775; ZACHARIAE, I, § 301, bl. 311, n. 3. — (4) TOULLIER, VI, n. 776 en v. — (5) POTHIER, n. 315; TOULLIER, n. 780; SCHÜLLER, op art. 1376 B. W.

369. In die gevallen kan, volgens het laatste lid van art. 1336 B. W., ieder erfgenaam voor het geheel vervolgd worden, behoudens zijn verhaal op zijne mede-erfgenamen. Geen der erfgenamen toch staat hier in eene bijzondere betrekking tot de verschuldigde zaak. Het is niet twijfelachtig, dat hij, die voor het geheel vervolgd wordt, ook voor het geheel veroordeeld moet worden; de vervolging zou anders niets beteekenen, en het verhaal niet te pas komen. En even als een der erfgenamen voor het geheel vervolgd kan worden, kan hij ook door eene sommatie voor het geheel in gebreke worden gesteld; de bevoegdheid hiertoe toch staat met die tot vervolging in een onafscheidelijk verband. Om deze reden kunnen ook de erfgenamen zich niet bevrijden door hun aandeel aan te bieden, omdat zij den schuldeischer niet kunnen beperken in zijn regt van vervolging voor het geheel (1).

370. Maar zoo hier als in de overige in art. 1336 B. W. bedoelde gevallen bestaat eene deelbare verbindtenis, die niet in alles met eene ondeelbare wordt gelijkgesteld, maar ten aanzien waarvan de wet eene bepaalde uitzondering maakt op de gewone werking der deelbaarheid. Alle uitzonderingen zijn van strenge uitlegging, en uitbreiding is daarbij niet geoorloofd. Ik geloof daarom niet, dat door eene sommatie, aan een' der erfgenamen voor het geheel gerigt, ook de overigen in gebreke worden gesteld, of de verjaring tegen deze wordt gestuit (2). Alle gevolgen der deelbaarheid schijnen mij hier te moeten worden aangenomen, met uitzondering alleen daarvan, dat een der erfgenamen voor het geheel vervolgd kan worden.

AFDEELING X.

Van verbindtenissen onder beding van straf of poenaliteit.

§ 23.

Van het beding van straf in het algemeen.

371. Het beding van straf is, volgens art. 1340 B.W., zoodanige bepaling, waarbij iemand tot zekerheid van de uitvoering eener ver-

(1) Verg. hierbij POTHIER, n. 316; TOULLIER, VI, n. 781; DURANTON, XI, n. 301; ZACHARIAE, I, § 301, bl. 311, n. 6 en v. — (2) Anders echter ZACHARIAE, I, § 301, bl. 311 en n. 6.

bindtenis, ingeval deze niet nagekomen wordt, tot iets bepaalds verligt is, hetwelk dan, volgens art. 1343 B. W., strekt in plaats van vergoeding van kosten, schaden en interessen (1).

372. Het woord »straf" beteekent hier natuurlijk niet geheel hetzelfde, als in den zin, waarin het gewoonlijk gebezigd wordt. Behalve dat zij in dien zin slechts een uitvloeisel der wet kan zijn, terwijl zij hier als een gevolg eener overeenkomst voorkomt, wordt hier ook geen toerekenbare wil of verzuim gevorderd. Maar in de gevolgen komt de hier bedoelde straf met de gewone, waar die zich tot het vermogen van den veroordeelde bepaalt, overeen, daar beide een gelijk verlies veroorzaken. De wetgever heeft daarom gemeend ook hier dat woord te kunnen bezigen, gelijk ook elders gesproken wordt van: op straffe van vergoeding van kosten, op straffe van verstek, van nietigheid, enz.; en terwijl in het opschrift der afdeeling als ter verduidelijking de woorden »*of poenaliteit*" zijn bijgevoegd, is deze uitdrukking uit de onderscheidene artikelen, ook waar zij in het Wetb. van 1830 voorkwam, bij de herziening weggelaten (2).

373. Het beding van straf is niet iets op zich zelf staands, maar behoort tot de verbindtenis, tot zekerheid van welker uitvoering het is gemaakt; deze is daardoor eene verbindtenis onder beding van straf, gelijk het heet in het opschrift der afdeeling. Dat beding heeft intusschen ook eene verbindtenis ten gevolge, die op zich zelve, en afgezonderd van de andere, als zoodanig beschouwd kan worden. Deze is dan eene bijkomende, eene ondergeschikte, in tegenoverstelling der andere, die de hoofdverbindtenis is. Het geheel bevat dus eene dubbele verbindtenis (3).

374. De bijkomende verbindtenis, die het gevolg is van het beding van straf, is op zich zelve beschouwd eene voorwaardelijke, geheel afhangende van de al of niet vervulling der hoofdverbindtenis. De verbindtenis onder beding van straf daarentegen is zeer onderscheiden van eene voorwaardelijke; zij is van den beginne eene werkelijke verbindtenis, die door het bijgevoegd beding niets van hare kracht verliest, en waarvan de vervulling aanstonds kan gevorderd worden, behoudens het regt om bij gebreke hiervan de vervulling der bijkomende verbindtenis te vorderen; bij deze ontstaat eerst door de vervulling der voorwaarde eene werkelijke verbindtenis, en het voorwerp, waarover die voorwaarde loopt, is zelf geen onderwerp der verbindtenis. De voorwaardelijke verbindtenis is slechts ééne, die onder beding van straf bevat er twee. Wanneer ik mij verbind

---

(1) MALLEVILLE, op art. 1226 C. N., III, bl. 85. — (2) VOORDUIN, V, bl. 47 en v. Verg. MARCADÉ, IV, n. 649. — (3) TOULLIER, VI, n. 799 en v

om duizend gulden te geven, zoo ik niet een huis voor iemand bouw, moet ik wel dit huis bouwen, om niet voor duizend gulden aangesproken te kunnen worden, maar alleen deze som, niet het bouwen kan van mij gevorderd worden. Verbind ik mij daarentegen tot het bouwen van een huis, en tevens om, zoo ik daaraan niet voldoe, duizend gulden te geven, dan kan ook wel die som gevorderd worden, wanneer ik het huis niet bouw, maar de schuldeischer kan ook deze daad zelve van mij vorderen, en zich des noods doen magtigen om haar op kosten van mij te doen uitvoeren (1). Dit wijst dan ook het verschil van eene facultatieve verbindtenis genoegzaam aan.

375. De verbindtenis onder beding van straf heeft ook eenige overeenkomst met eene alternatieve verbindtenis. Maar ook deze is slechts eene enkele verbindtenis, waarvan alleen het voorwerp, zoolang de keuze niet bepaald is, uit twee of meer zaken onzeker is; gene daarentegen bevat twee verbindtenissen, waarvan de eene aanstonds als hoofdverbindtenis, de andere als ondergeschikte bepaald is, terwijl de laatste alle werking mist, wanneer de eerste vervuld wordt, tenzij de straf mogt bedongen zijn, wegens enkele vertraging in de vervulling der hoofdverbindtenis. In dit geval kan de vervulling van beide gevorderd worden, terwijl bij eene alternatieve verbindtenis altoos slechts ééne zaak verschuldigd is. De keuze daarvan staat in den regel aan den schuldenaar, zoo zij niet aan den schuldeischer is gegeven. Bij de verbindtenis onder beding van straf kan de schuldeischer de vervulling der hoofdverbindtenis vorderen; waar hem deze bevoegdheid ontnomen is, daar bestaat geene verbindtenis onder beding van straf meer (2).

376. De bevoegdheid, om een beding van straf tot zekerheid van de uitvoering eener verbindtenis te maken, hier door de wet erkend, is ook in den aard der zaak gegrond, en in de bevoegdheid van partijen, om naar goedvinden overeenkomsten aan te gaan. Men kan het maken tot zekerheid van allerlei verbindtenissen, zoo om te geven, als om te doen of niet te doen; en niet alleen van zuivere, maar ook van voorwaardelijke en die onder tijdsbepaling, welk laatste ook uit art. 1344 B. W. blijkt. Het spreekt intusschen van zelf, dat dan de geheele verbindtenis onder beding van straf eene voorwaardelijke wordt of eene onder tijdsbepaling.

377. Evenzeer is men geheel vrij ten aanzien van het voorwerp der straf, die wel meestal bestaat in eene geldsom, maar even goed bestaan kan in de verpligting tot het geven van eenige andere zaak, of tot eenige handeling of om iets na te laten. Art. 1340 B. W.

---

(1) Verg. TOULLIER, VI, n. 804 en v.; DURANTON, XI, n. 322 en v.; DE PINTO, II, § 715, bl. 364; 3e uitg. § 769, bl. 458. — (2) TOULLIER, VI, n. 803; DURANTON, XI, n. 324; DE PINTO, t. a. p.

spreekt van iets bepaalds, in den zin van iets, dat bij de overeenkomst bepaald is geworden. Ook het beding zelf laat even vele wijzigingen toe, als elke verbindtenis (1).

378. Maar hetgeen als straf wordt bedongen, moet bedongen worden ten voordeele van hem, die het bedingt, niet van een' derde. Het is niet ongewoon, dat, in geval eener handeling strijdig met de verbindtenis, eene som gelds bedongen wordt, te voldoen aan eenig liefdadig gesticht. Zoodanig beding vindt echter geene kracht in de wet, omdat men, volgens art. 1351 B. W., op zijn eigen naam alleen voor zich zelven iets bedingen kan (2). Wel kan men, volgens art. 1353 *a* B. W., ook ten behoeve van eenen derde iets bedingen, wanneer een beding, hetwelk men voor zich zelven maakt, zulk eene voorwaarde bevat, maar in het voorgesteld geval heeft juist het tegendeel plaats, en is de niet-vervulling van het beding, dat men voor zich zelven heeft gemaakt, de voorwaarde, aan het ander beding verbonden. En de regel, die door de hier niet toepasselijke uitzondering bevestigd wordt, geldt natuurlijk evenzeer voor het beding van straf als voor elke andere overeenkomst.

379. Het beding van straf maakt de hoofdverbindtenis tot eene verbindtenis onder beding van straf, maar is geen noodzakelijk bestanddeel dier hoofdverbindtenis zelve, en zijn lot is dus van geen invloed op het bestaan van deze. Wanneer het beding van straf uit eenigen hoofde nietig is, doordien het strijdt met de wet of de goede zeden, of doordien zijn voorwerp niet in den handel is, blijft evenwel de hoofdverbindtenis hetzelfde, wat zij zou zijn zoo er geene straf bedongen ware, en heeft dezelfde gevolgen, die zij dan zou gehad hebben. De nietigheid van het beding van straf heeft geenszins die der hoofdverbindtenis ten gevolge; art. 1341 *b* B. W. (3).

380. Maar de nietigheid der hoofdverbindtenis maakt, volgens art. 1341 *a* B. W., ook het beding van straf nietig. Waar de hoofdverbindtenis zelve niet bestaat, kan eene andere, aan haar ondergeschikt, mede niet bestaan; daar kan geene andere hare uitvoering verzekeren. Wanneer alzoo de overeenkomst, waaruit de hoofdverbindtenis zou voortvloeijen, met de wetten of de goede zeden strijdt, wanneer de zaak, die haar onderwerp uitmaakt, niet bestaat of niet in den handel, of wel de overeenkomst uit eenigen anderen hoofde nietig is, is het beding van straf dit ook, al was het op zich zelf beschouwd ook volkomen van waarde (4). Waar de geheele overeenkomst, waarvan het beding een deel uitmaakt, aan eene nietigheid lijdt, is dit van zelf ook met het beding het geval (5).

---

(1) Duranton, XI, n. 318. — (2) Toullier, VI, n. 846. — (3) Pothier, n. 340; duranton, XI, n. 334; marcadé, IV, n. 650. — (4) Pothier, n. 338; toullier, VI, n. 815 en v.; duranton, XI, n. 327. — (5) Opzoomer, II, bl. 299 en v.

381. De nietigheid der hoofdverbindtenis maakt het beding van straf nietig, al blijft ook de overeenkomst, waaruit gene zou voortvloeijen, niet geheel zonder gevolg. Ik vermeen althans de bepaling van art. 1341 *a* B. W. in dien zin te moeten opvatten, en ook te moeten toepassen bij een' koop en verkoop van eens anders goed; waar het beding van straf ook nietig zal zijn, omdat de hoofdverbindtenis, de koop en verkoop, nietig is, al is ook de verkooper, volgens art. 1507 B. W., tot vergoeding van kosten, schaden en interessen verpligt. De uitvoering toch van den nietigen koop en verkoop kan door een beding van straf niet verzekerd worden, en de straf is niet bedongen om de vergoeding van kosten, schaden en interessen, die de wet in dat geval bedreigt, te verzekeren. Die vergoeding kan op de gewone wijze gevorderd worden, maar niet op grond van het beding van straf; terwijl deze anders zou strekken om gene te vervangen, kan dit nu niet. De bepaling van art. 1343 B. W. bewijst ook niets hiertegen. Waar de verbindtenis geldig is, komt, bij gebreke van uitvoering, de bepaalde straf in de plaats van vergoeding van kosten, schaden en interessen, wanneer de schuldeischer, gelijk hij dit kan, niet liever de nakoming der verbindtenis zelve wil vorderen; maar waar hij dit niet kan, daar wordt hem eene geheel andere schade veroorzaakt, die hij bij het aangaan der overeenkomst niet voorzag, en waarmede hij dus ook de te bedingen straf niet in overeenstemming brengen kon (1).

382. Art. 1341 *a* B. W. kan geen toepassing vinden, waar de hoofdverbindtenis, om het even uit welken hoofde, niet nietig is. Dit kan zelfs een gevolg zijn van het beding der straf zelve; en hoe vreemd het klinke, dat het beding geldig is, waar de hoofdverbindtenis om dat beding zelf niet nietig is, kan toch eene niet bestaande nietigheid niet als eene nietigheid beschouwd worden. Zoo kan in het algemeen niemand op zijn' eigen naam iets bedingen dan voor zich zelven; maar men kan ten behoeve van een' derde iets bedingen, wanneer een beding, hetwelk men voor zich zelven maakt, zulk eene voorwaarde bevat; art. 1351 en 1353 *a* B. W. Hier maakt juist een beding van straf, dat men voor zich zelven maakt, het hoofdbeding, dat men voor een' ander maakt, geldig, en bij gebreke van uitvoering hiervan kan dus de vervulling van het ander gevorderd worden (2). Eveneens kan men zich tot iets verbinden voor het ge-

---

(1) Anders echter DURANTON, XI, n. 328; ZACHARIAE, I, § 310, bl. 326 en n. 3. Verg. DURANTON, XI, n. 374; POTHIER, n. 363; TOULLIER, VI, n. 844. — (2) POTHIER, n. 339; TOULLIER, VI, n. 814, 817; DURANTON, XI, n. 330; ZACHARIAE, I, § 310, bl. 326 en n. 2; MARCADÉ, IV, n. 650. Verg. intusschen OPZOOMER, II, bl. 300 en v.

val, dat een derde niet doet, hetgeen men belooft, dat hij zal doen; en ook hier geldt het beding (1).

§ 24.

Van de strekking en de werking van het beding van straf.

383. Het beding van straf strekt, volgens art. 1340 B. W., tot zekerheid van de uitvoering eener verbindtenis. In het algemeen is die uitvoering door de wet zelve verzekerd, als die iederen schuldenaar, die aan zijne verbindtenis niet voldoet, aansprakelijk maakt tot vergoeding van kosten, schaden en interessen. Maar deze vergoeding komt niet te pas, dan waar werkelijk schade geleden of voordeel gemist is. Het bewijs hiervan is, reeds op zich zelf beschouwd, wel eens moeijelijk, en bovendien is de juiste aanwijzing van het bedrag daarvan dikwijls zeer bezwaarlijk. Al die moeijelijkheden worden afgesneden, waar partijen zelve al aanstonds in een bijgevoegd beding van straf de gevolgen der niet-vervulling hebben geregeld (2), en de vermijding dier moeijelijkheden heeft op de zekerheid der uitvoering noodwendig een gunstigen invloed.

384. Zoo kan men ook door zoodanig beding kracht bijzetten aan eene verbindtenis, wier vervulling den schuldeischer geen voordeel, wier niet-vervulling hem geen nadeel toebrengt, 'twelk eenigermate voor eene geldelijke waardering vatbaar is. Zonder beding van straf zou daartegen straffeloos gehandeld worden, maar met zoodanig beding is de schuldenaar verpligt tot uitvoering, zoo hij zich vrij wil houden van de straf, die anders van hem gevorderd kan worden, omdat de voorwaarde, van welke de vorderbaarheid daarvan afhankelijk is gesteld, niet ongeoorloofd is (3).

385. De bepaling van straf strekt, volgens art. 1343 B. W., in plaats van vergoeding van kosten, schaden en interessen, welke de schuldeischer lijdt uit hoofde van het niet-nakomen der hoofdverbindtenis. Men kan dus boven de straf niet ook nog die vergoeding vorderen; deze is in die straf opgenomen, en daardoor van den beginne af bepaald. Dit geldt ook in dien zin, dat de vraag naar werkelijk geledene schade enz. overbodig is; de eenige vraag is, of aan de verbindtenis niet is voldaan en daarom de straf is verbeurd.

386. Het is ligt mogelijk, dat de bedongene straf met het werkelijk belang der partijen zeer weinig in overeenstemming is. Dit

---

(1) DURANTON, XI, n. 331. — (2) TOULLIER, VI, n. 809; DURANTON, XI, n. 317. — (3) TOULLIER, VI, n. 808, 814; DE PINTO, II, § 718, bl. 365; 3e uitg. § 772, bl. 459.

doet echter niets ter zake, en alle onderzoek deswege is geheel overbodig. Het beding, dienaangaande eens gemaakt, is ook eene overeenkomst, die tusschen partijen geldt als wet. En partijen zijn, — bepaaldelijk nu het bij verbindtenissen, die alleen betrekkelijk zijn tot de betaling eener zekere geldsom, niet meer verboden is hoogere interessen te bedingen dan tot een zeker bedrag, — volkomen bevoegd de straf tot zoodanige hoogte op te voeren of zoo laag te stellen als zij goedvinden. Art. 1343 B. W. bepaalt uitdrukkelijk, dat de straf strekt in plaats van vergoeding van kosten, schaden en interessen, en volgens art. 1285 B. W. kan aan de eischende partij geene meerdere of mindere som worden toegewezeu dan zij als zoodanig hebben vastgesteld, zoodat noch het bewijs, dat er geen schade geleden is, noch het bewijs, dat de werkelijke geledene veel meer bedraagt, tot eenige afwijking kan leiden; al vergoedt die straf de schade ook bijna in het geheel niet, of al moet zij in vergelijking daarmede ook nog zoo onmatig geacht worden (1). Eene beperking der bij gebreke van voldoening eener geldsom bedongen straf tot de wettelijke interessen (2), komt ook niet meer te pas nu het verbod van hooger interessen is opgeheven, de straf is alleen voor wijziging vatbaar, wanneer de verbindtenis gedeeltelijk is vervuld.

387. Even als art. 1279 B. W. bepaalt ten aanzien der vergoeding van kosten, schaden en interessen, bepaalt ook art. 1344 B. W. ten aanzien der bedongene straf, dat zij niet verbeurd is, dan wanneer hij, die verbonden is om iets te geven of om iets te ontvangen, of wel om iets te doen, daarin nalatig is; en zulks, hetzij de oorspronkelijke verbindtenis al of niet eene tijdsbepaling bevatte, binnen welken zij moest uitgevoerd zijn. Die termijn op zich zelf doet dus in dezen niets af, tenzij de schuldenaar door zijn verloop van regtswege in gebreke was; hierop toch alleen komt alles aan, en te dien aanzien geldt het vroeger gezegde (3).

388. Alleen zij aangemerkt, dat, overeenkomstig art. 1278 B. W., ook hier, indien de verbindtenis bestaat in iets niet te doen, zoodra daarentegen is gehandeld, uit hoofde van die overtreding alleen de straf verbeurd is; maar dat de vraag, wanneer er overtreding bestaat, naar de omstandigheden moet beoordeeld worden. In

---

(1) MALLEVILLE, op art. 1229 C. N., III, bl. 86, op art. 1231, bl. 87; DURANTON, XI, n. 339—341; TOULLIER, VI, n. 809 en v. Anders POTHIER, n. 342, 345. — Zoo is ook een beding van dubbele huur bij wanbetaling op den bepaalden tijd geldig. Rotterdam 9 Junij 1852, *W.* 1346. — (2) POTHIER, n. 346; DURANTON, XI, n. 342. — (3) Zie hierboven n. 81, 85. Verg. TOULLIER, VI, n. 834; DURANTON, XI, n. 351 en v.; MALLEVILLE, op art. 1230 C. N., III, bl. 86 en v.

vele gevallen is door de daad zelve den schuldeischer het nadeel veroorzaakt, dat hij door het beding van straf heeft willen voorkomen; het is niet twijfelachtig, dat dan de straf aanstonds verbeurd is. Dikwijls kan echter het nadeel, dat men wil voorkomen, een minder onmiddellijk gevolg der daad zijn. In dit geval kan men óf slechts het weren van dit gevolg bedoeld hebben, óf ook het weren eener daad, die het gevolg mogelijk maakt en deswege ongerustheid baart. In het eerste geval, b. v. wanneer iemand zich verbonden heeft, zijn huis niet te verhuren aan een' herbergier, kan de verhuring aan een' herbergier nog niet als overtreding beschouwd worden, zoolang de huurder het huis niet als eene herberg gebruikt, en is daarom ook de straf niet eer verbeurd. In het tweede geval, waar men b. v. onder beding van straf zich verbonden heeft, niet tegen eene dading in regten op te treden, waardoor men niet alleen eene vernietiging dier dading, maar ook zelfs een regtsgeding deswege heeft willen voorkomen, is de ingestelde eisch zelf eene overtreding, waardoor de straf verbeurd is (1).

389. De vergoeding van kosten, schaden en interessen heeft, volgens art. 1281 B. W., geen plaats, indien de schuldenaar door overmagt of door toeval verhinderd is geworden te geven of te doen wat hij verpligt was, of gedaan heeft wat hem was verboden. Men schijnt hetzelfde in het algemeen ook hier te moeten toepassen, omdat, hoezeer de schuldenaar desniettemin nalatig is, de overmagt of het toeval, waardoor hij de verbindtenis niet kon nakomen, in het algemeen de gevolgen der nalatigheid opheft, en waar de vergoeding van kosten, schaden en interessen zoo stellig is uitgesloten, ook de straf, die haar vervangt, niet te pas komt, gelijk zij dan ook eene uitvoering niet verzekeren kan, die door overmagt of toeval onmogelijk is geworden. Anders wordt het echter, waar het beding van straf meer de natuur eener zelfstandige voorwaardelijke verbindtenis aanneemt, omdat het dan voor het al of niet aanwezig zijn der voorwaarde als onverschillig beschouwd kan worden, of het niet-vervullen der verbindtenis aan den schuldenaar te wijten is, omdat deze zich ook onder eene voorwaarde kon verbinden, die geheel van het toeval afhangt (2).

390. Maar al is ook de straf verbeurd, zoo kan evenwel de schuldeischer, in plaats van deze te vorderen, de nakoming der hoofdverbindtenis eischen. Art. 1342 zegt dit uitdrukkelijk, en het ligt ook in den aard der zaak, daar het beding van straf niet strekt om de hoofdverbindtenis te verzwakken, maar om er de uitvoering van te

---

(1) Verg. hierbij POTHIER, n. 347 en v.; TOULLIER, VI, n. 819, 829 en v.; DURANTON, XI, n. 345 en v. — (2) Verg. TOULLIER, VI, n. 805.

verzekeren. Alle middelen, die den schuldeischer te dienste staan waar geen straf bedongen is, staan hem ook hier te dienste; hij kan door beslaglegging de verschuldigde zaak trachten te bekomen; hij kan, waar dit mogelijk is, hetgeen strijdig met de verbindtenis verrigt is, ten koste van den schuldenaar doen vernietigen, en zich laten magtigen om de verbindtenis op diens kosten te doen uitvoeren. Slechts waar dit onmogelijk is, kan hij alleen de straf vorderen. Anders staat de keuze aan den schuldeischer; ook dan zelfs, wanneer de hoofdverbindtenis zonder tijdsbepaling is, maar aan het beding van straf een' termijn is verbonden, die verloopen is (1).

391. Wel kan het tegendeel bedongen worden, hetzij dat de keuze aan den schuldenaar zal staan, of wel dat de hoofdverbindtenis in die tot straf zal overgaan; maar dan is de laatste geene bijkomende, maar heeft met de andere gelijken rang, of wel zij treedt voor die andere in de plaats. In allen gevalle bestaat er dan geen beding van straf, zoo als dit hier een onderwerp van beschouwing uitmaakt (2).

392. De schuldeischer heeft in den regel natuurlijk slechts de keus, en kan, gelijk ook art. 1343 *b* B. W. bepaalt, niet tegelijk de hoofdschuld en de straf vorderen, omdat hij niet tegelijk de verbindtenis kan doen uitvoeren en zich wegens hare niet-uitvoering schadeloos doen stellen. Hij dus, die verkiest gebruik te maken van het beding van straf, en deze ontvangt, beneemt zich daardoor de bevoegdheid om de nakoming der hoofdverbindtenis te vorderen; hij kan dat zelfs niet tegen teruggave van hetgeen hij als straf ontvangen had. Eveneens kan hij, die, nadat de schuldenaar in gebreke was, nog de voldoening der verbindtenis aanneemt, niet meer de straf vorderen.

393. Het gezegde geldt echter slechts in den regel; art. 1343 *b* B. W. zelf laat daarop eene uitzondering toe, voor het geval dat de straf enkel op de eenvoudige vertraging gesteld is. Hier vereenigt men daardoor ook niet de uitvoering der verbindtenis en de schadeloosstelling wegens hare niet-uitvoering; de straf toch, gesteld op de eenvoudige vertraging, is door die vertraging verbeurd, terwijl de verbindtenis zelve desniettemin in stand blijft, de vertraging is reeds eene niet-uitvoering der verbindtenis, waarvoor de straf verschuldigd is, en zij wordt door eene latere uitvoering niet weggenomen, het doel der strafbepaling wordt daardoor niet opgeheven (3).

---

(1) Pothier, n. 341; toullier, VI, n. 801, 806; duranton, XI, n. 321, 335 en v. — (2) Verg. pothier, n. 341; duranton, XI, n. 322, 335; marcadé, IV, n. 651. — (3) Pothier, n. 343 en v.; toullier, VI, n. 802, 807; duranton, XI, n. 343.

394. De wet vordert alleen, dat de straf op de eenvoudige vertraging zij gesteld. Dit behoeft niet juist uitdrukkelijk te zijn geschied; maar kan ook stilzwijgend plaats hebben, en staat geheel als eene quaestio facti ter beoordeeling van den regter (1). Men schijnt dit ligter te kunnen aannemen bij eenzijdige, dan bij wederkeerige verbindtenissen; het spreekt echter van zelf, dat het niet mag worden verondersteld, dan op goede gronden. Dat het bijvoegen eener tijdsbepaling bij de hoofdverbindtenis niet voldoende is om zulks aan te nemen, blijkt uit art. 1344 B. W. In het algemeen schijnt dit punt niet veel moeijelijkheid te kunnen opleveren, daar de straf, zoo dikwijls het niet genoegzaam zeker is, dat zij enkel op de vertraging is gesteld, geacht moet worden aan het gemis van uitvoering verbonden te zijn. Dit toch is wel het meest het geval, gelijk het andere ook in art. 1343 *b* B. W. als uitzondering wordt voorgesteld. Kan daardoor ten nadeele van den schuldeischer beslist worden, zoo heeft hij het zich zelven te wijten, dat hij niet voor eene meer duidelijke uitdrukking der bedoeling heeft gezorgd.

395. Dat men niet tegelijk de hoofdschuld en de straf kan vorderen, leidt ook tot eene wijziging der straf, waar de hoofdverbindtenis voor een gedeelte is vervuld. Tegen den wil des schuldeischers kan dit in den regel niet; even weinig kan de schuldenaar een gedeelte der straf aanbieden, om zich daardoor voor een gedeelte van de vervulling der hoofdverbindtenis te ontslaan. Maar waar deze voor een gedeelte is vervuld, hetzij door compensatie, hetzij doordien de schuldeischer eene gedeeltelijke voldoening heeft aangenomen of anderszins, daar kan, volgens art. 1345 B. W., de straf door den regter gewijzigd worden. De wet onderscheidt niet, van welken aard de verbindtenis is (2), en hare bepaling kan ook niet als eene uitzondering op art. 1285 B. W. beschouwd worden (3), maar is daarvan veelmeer eene bekrachtiging; omdat zij onder veranderde omstandigheden de straf weer met den stand van zaken in overeenstemming brengt, die anders juist tegen de bedoeling van art. 1285 zou zijn verbroken.

396. De straf is in dat geval dus niet van regtswege gewijzigd. Hare wijziging hangt ook niet af van de willekeur der partijen. Het is de regter, wien dit is opgedragen. En ook dezen is die wijziging niet tot pligt gesteld; hij *kan* de straf wijzigen, en moet ook hier geheel naar de omstandigheden beslissen en beoordeelen, of werkelijk door de gedeeltelijke nakoming der verbindtenis ook minder kosten,

(1) De pinto, II, § 718, bl. 366; 3e uitg. § 772, bl. 460. Verg. duranton, XI, n. 344 en v.; zachariae, I, § 310, bl. 326, n. 4; marcadé, IV, n. 652. — (2) Duranton, XI, n. 358, 360 en v.; toullier, VI, n. 837 en v. — (3) Zoo schüller, op art. 1345 B. W.

schaden en interessen geleden zijn (1). Er kunnen toch vele gevallen zijn, waarin de schuldeischer juist belang heeft bij eene volledige voldoening, waarin juist deze door het beding van straf zou verzekerd worden, waarin althans eene gedeeltelijke voldoening, die de schuldeischer maar heeft aangenomen in de verwachting dat het overige spoedig volgen zou, tot geene wijziging in de straf aanleiding kan geven. In die gevallen moet de regter haar niet wijzigen, en doet het, mijns inziens, niets ter zake, dat de schuldeischer bij het aannemen eener gedeeltelijke voldoening zich zijn regt op de geheele straf niet heeft voorbehouden (2).

397. Daarom spreekt de wet voorts ook van wijzigen, zonder nadere bepaling deswege. De vermindering van straf, ook waar deze gewijzigd zal worden, behoeft niet juist evenredig te zijn aan het gedeelte, voor hetwelk de verbindtenis is uitgevoerd. De regter kan de straf voor een grooter deel laten bestaan, dan waarvoor de verbindtenis niet is uitgevoerd, wanneer het belang des schuldeischers dit medebrengt, en dit zal veelal het geval zijn. Maar hij kan ook de straf voor een grooter gedeelte verminderen, wanneer de omstandigheden dit oorbaar doen achten (3).

398. De bevoegdheid, hier den regter gegeven, beneemt intusschen niets aan die der partijen zelve, en kan ook niet met hare overeenkomst in strijd zijn. Waar zij zelve met gemeen overleg de straf wijzigen, geldt deze overeenkomst tusschen haar als wet, en is het vroeger beding daardoor vernietigd. Dat zij daartoe bevoegd zijn, ligt in den aard der zaak, zonder dat de bevoegdverklaring van den regter in art. 1345 B. W. daaraan iets te kort doet. En wanneer de schuldeischer, bij het aannemen eener gedeeltelijke voldoening, zich zijn regt op de geheele straf heeft voorbehouden, in welk geval er, daar de schuldenaar, niettegenstaande dat voorbehoud, gedeeltelijk voldaan heeft, ook eene overeenkomst deswege tusschen hen aanwezig is, is de wijziging door den regter daardoor van zelf buitengesloten (4).

§ 25.

Over de gevolgen van het beding van straf ten aanzien der erfgenamen.

399. Wanneer de straf door den schuldenaar verbeurd, maar bij zijn leven niet voldaan is, gelden de gewone regelen. Indien de straf deelbaar is, is ook de verbindtenis daartoe deelbaar, en zijn dus de

(1) Verg. *Opm. en Med.*, IX, bl. 58 en v. — (2) Verg. MARCADÉ, IV, n. 654. Anders DURANTON, XI, n. 358. — (3) Verg. hierbij DURANTON, XI, n. 358 en v.; TOULLIER, VI, n. 839. — (4) Verg. DURANTON, XI, n. 365.

erfgenamen ieder voor zijn aandeel aansprakelijk (1). Indien de straf ondeelbaar is, is ook die verbindtenis ondeelbaar, en ieder erfgenaam dus voor het geheel aansprakelijk, behoudens zijn verhaal op de mede-erfgenamen. Maar de wet regelt nog het geval, dat de straf ten aanzien der erfgenamen verbeurd wordt.

400. Indien de oorspronkelijke verbindtenis met bepaling van straf eene ondeelbare zaak betreft, wanneer dus de hoofdverbindtenis ondeelbaar is, is, volgens art. 1346 B. W., de straf verschuldigd door de overtreding van een enkelen der erfgenamen van den schuldenaar. De wet veronderstelt, gelijk uit het vervolg van het artikel blijkt, dat de straf deelbaar is; evenwel is zij in het voorgesteld geval niet slechts verschuldigd voor het aandeel van dien erfgenaam, maar in haar geheel, *de* straf. Ook is in den regel de overtreding van een' der erfgenamen tegen eene ondeelbare verbindtenis, eene overtreding tegen het geheel; waar dit het geval niet mogt zijn, en de bepaling van art. 1345 B. W. toepassing mogt vinden, zou ook ten aanzien der gewijzigde straf hetzelfde gelden, wat de wet verder bepaalt.

401. In het voorgestelde geval kan dan, volgens art. 1346 B. W., de straf gevorderd worden, hetzij voor het geheel van dengene, die tegen de verbindtenis gehandeld heeft (2), hetzij van ieder' der mede-erfgenamen voor zijn aandeel (3), behoudens hun verhaal op dengene, die veroorzaakt heeft, dat de straf verbeurd is; alles onverminderd de regten der hypothecaire schuldeischers. Het laatste ziet op het geval, dat een stuk goed tot zekerheid der bedongene straf met hypotheek bezwaard was; als wanneer de straf in haar geheel daarop verhaald kan worden, onverschillig of het goed in handen is van den erfgenaam, die tegen de verbindtenis gehandeld heeft, of van een' ander (4).

402. De grond der bepaling ligt in de deelbaarheid der verbindtenis tot straf, waarop echter hij zich niet kan beroepen, door wiens overtreding de geheele straf verbeurd is. Wat de wet van dien enkele zegt, moet ook worden aangenomen, waar meer dan één tegen de verbindtenis gehandeld hebben, en deze zijn dus solidair voor de straf verbonden (5). Waar allen daartegen gehandeld hebben, geloof ik daarom ook, dat allen ieder afzonderlijk tot voldoening der geheele straf aangesproken kunnen worden, in het hier verondersteld geval namelijk eener ondeelbare verbindtenis (6).

---

(1) TOULLIER, VI, n. 840; DURANTON, XI, n. 367. — (2) Verg. POTHIER, n. 356; DURANTON, XI, n. 373. — (3) POTHIER, n. 355; DURANTON, XI, n. 369. — (4) SCHÜLLER, op art. 1346 B. W. Verg. VOORDUIN, V, bl. 49 en v. — (5) POTHIER, n. 357; DURANTON, XI, n. 366. — (6) Dit wordt door TOULLIER, VI, n. 841, in het algemeen ontkend.

403. De overige erfgenamen zijn voor hun aandeel verpligt de straf te voldoen, al waren zij ook gereed tot de nakoming der verbindtenis mede te werken. Zoo er geene straf bepaald was, zouden zij niet verantwoordelijk zijn voor kosten, schaden en interessen; maar hier is de verbindtenis tot straf ook eene verbindtenis, die, deelbaar zijnde, op ieder hunner voor zijn aandeel overgaat. De schuldeischer zal wel veelal liever hem, die tegen de verbindtenis handelde, alleen voor het geheel aanspreken, maar het is mogelijk, dat deze onvermogend is. De mede-erfgenamen, die alleen door zijne schuld hun aandeel in de straf voldoen moeten, hebben overigens natuurlijk tegen hem hun verhaal (1).

404. Ofschoon hier bepaaldelijk van erfgenamen wordt gesproken, geldt echter hetzelfde, waar meer schuldenaren zonder hoofdelijkheid tot eene ondeelbare zaak verbonden zijn (2). Art. 1346 B. W. is hier noodwendig van toepassing, en hetgeen daar van de erfgenamen gezegd wordt, geldt van dezen alleen, omdat zij meer schuldenaren zijn, verbonden tot dezelfde zaak.

405. De wet veronderstelt hier, gelijk wij reeds aanmerkten, eene deelbare straf, en art. 1348 B. W., waar van eene ondeelbare straf gesproken wordt, veronderstelt eene deelbare hoofdverbindtenis. Wanneer de hoofdverbindtenis en de straf beide ondeelbaar zijn, kan deze in haar geheel van elken erfgenaam gevorderd worden, onverschillig, wie hunner schuldig is aan de overtreding der hoofdverbindtenis. Maar deze aansprakelijkheid bestaat alleen tegenover den schuldeischer; en hij, door wien de straf verbeurd is, moet de overige erfgenamen schadeloos stellen. En terwijl het geval, dat er hypotheek bedongen is, uitdrukkelijk in art. 1346 B. W. is voorzien, is mijns bedunkens ook voor het overige de bepaling van art. 1336 B. W. hier toepasselijk. De aard der zaak schijnt dit te vorderen, en daarom kan het noemen van één bepaald geval de toepassing voor de gelijksoortige gevallen niet uitsluiten.

406. Indien de oorspronkelijke verbindtenis onder bepaling van straf, de hoofdverbindtenis, deelbaar is, wordt, volgens art. 1347 *a* B. W., de straf, die blijkbaar ook hier als deelbaar verondersteld wordt, slechts verbeurd door dengene der erfgenamen van den schuldenaar, die tegen de verbindtenis handelt, en alleen voor zoo ver zijn aandeel in de hoofdverbindtenis betreft, zonder dat er eenige regtsvordering kan bestaan tegen degenen, die de verbindtenis hebben nagekomen. De deelbare verbindtenis lost zich hier in zoo vele verbindtenissen op, en hiervan is deze bepaling een natuurlijk gevolg (3).

(1) Duranton, XI, n. 372. — (2) Pothier, n. 358; duranton, XI, n. 375; marcadé, IV, n. 656. — (3) Verg. pothier, n. 359; toullier, VI, n. 842.

407. Vanhier ook dat deze regel, volgens art. 1347 *b* B. W., uitzondering lijdt, wanneer het beding van straf gemaakt is met het oogmerk, dat de voldoening niet bij gedeelten zou kunnen geschieden, en een der mede-erfgenamen de nakoming der verbindtenis in haar geheel verhinderd heeft. In dit geval kan de straf van dezen laatste voor het geheel geëischt worden, en van de overige mede-erfgenamen slechts voor hun aandeel, behoudens hun regt van verhaal (1). Hier geldt dus weer hetzelfde als waar de hoofdverbindtenis op zich zelve ondeelbaar is; en geen der overige erfgenamen kan zich door een aanbod van zijn aandeel aan de aansprakelijkheid tot straf onttrekken. De overeenkomst behoeft hier juist niet uitdrukkelijk te behelzen, dat de straf met dat bepaalde oogmerk is bedongen; het is voldoende, wanneer daaruit kan worden afgeleid, dat dit de bedoeling van partijen is geweest (2).

408. Zij, die hun aandeel hebben aangeboden, hetwelk echter door den schuldeischer niet is aangenomen, omdat hij niet verpligt was bij gedeelten te ontvangen, zijn alleen voor hun aandeel verpligt tot de straf; men kan toch niet zeggen, dat zij daardoor de nakoming der verbindtenis in haar geheel hebben verhinderd. Zij, van wie de schuldeischer hun aandeel zonder eenig voorbehoud heeft aangenomen, schijnen ook voor dat aandeel niet wegens de straf aansprakelijk te zijn, daar zij door hunne aan zijde van den schuldeischer aangenomen voldoening geacht moeten worden aan hunne verpligting geheel voldaan te hebben. Ook ten aanzien van hem, die voor het overige, de nakoming der geheele verbindtenis verhinderd heeft, kan in dit geval aanleiding bestaan tot wijziging der straf overeenkomstig art. 1345. Zoo echter de schuldeischer, bij het aannemen eener gedeeltelijke voldoening, zich zijn regt heeft voorbehouden, geldt de bepaling van art. 1347 *b* B. W. geheel, en zijn ook zij aansprakelijk, die hun aandeel voldaan hebben (3).

409. Het lijdt overigens wel geen' twijfel, dat, ofschoon art. 1347 niet even als art. 1346 B. W. daarvan spreekt, toch ook de bepaling van het eerstgenoemde alleen gelden kan, onverminderd de regten der hypothecaire schuldeischers (4).

410. Indien eene deelbare hoofdverbindtenis onder bepaling eener ondeelbare straf slechts ten deele is nagekomen, wordt de straf, volgens art. 1348 B. W., ten aanzien der erfgenamen van den schuldenaar vervangen door eene vergoeding van kosten, schaden en interessen. Terwijl de C. N. zoodanige bepaling niet bevat (5), is

---

(1) Verg. POTHIER, n. 360 en v. — (2) TOULLIER, VI, n. 843. — (3) Verg. DURANTON, XI, n. 379. — (4) DURANTON, XI, n. 377. — (5) Verg. POTHIER, n. 354; DURANTON, XI, n. 368.

dit punt teregt in onze wet beslist. Art. 1348 B. W. is algemeen, en ziet zoowel op het geval, dat de schuldenaar zelf gedeeltelijk de verbindtenis heeft vervuld en gedeeltelijk niet, als op het geval, dat niet hij, maar slechts een gedeelte der erfgenamen haar voor hun aandeel heeft nagekomen.

411. De hier bedoelde kosten, schaden en interessen zijn die, welke een gevolg zijn van de niet-nakoming der deelbare verbindtenis, door ieder der erfgenamen, en dus ook door ieder hunner voor zijn aandeel verschuldigd, terwijl de ondeelbare zaak, wier levering als straf was gesteld, in den boedel blijft. Het is daarbij onverschillig, of die vergoeding meer of minder zal bedragen dan de ondeelbare vastgestelde straf (1). Deze vervalt, omdat hare toepassing bij eene deelbare verbindtenis, die tusschen de erfgenamen verdeeld wordt, voor het minst tot moeijelijkheden zou leiden, in plaats van deze te voorkomen, en de gewone bepalingen omtrent die vergoeding treden dus hier weder in volle werking.

412. Wat de erfgenamen van den schuldeischer betreft, het spreekt van zelf, dat, waar eene deelbare straf bedongen is tot zekerheid voor de uitvoering eener deelbare verbindtenis, ieder hunner ook slechts voor zijn aandeel daarop aanspraak maken kan. Zoo de straf ondeelbaar is, schijnt men ook hier bij analogie art. 1348 B. W. te moeten toepassen. Indien de hoofdverbindtenis ondeelbaar is en de straf eveneens, kan deze door ieder hunner voor het geheel gevorderd worden. Is echter de straf deelbaar, zoo geloof ik, dat deze slechts door ieder voor zijn aandeel kan gevorderd worden, omdat de deelbare verbindtenis tot straf door hare vereeniging met eene ondeelbare hoofdverbindtenis niet ook zelve ondeelbaar wordt. Eene gedeeltelijke nakoming eener ondeelbare verbindtenis is moeijelijk denkbaar; en wanneer b. v. de eigenaar van een dienstbaar erf, met erkenning der erfdienstbaarheid, en met vrijlating van het genot daarvan voor de overigen, één' der erfgenamen van den eigenaar van het heerschend erf in dat genot verhindert, komt het mij voor, dat eigenlijk geen spraak moet zijn van het nakomen der verbindtenis, daar er hier slechts eene betrekking tusschen de erven, en door middel van deze tusschen de eigenaren bestaat, maar dat hij, wien het genot niet wordt toegelaten, op de gewone wijze tot vergoeding van kosten, schaden en interessen deswege ageren moet (2).

---

(1) Verg. ASSER, § 698; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1348 B. W. — (2) Verg. echter ook POTHIER, n. 364; DURANTON, XI, n. 376; MARCADÉ, IV, n. 659.

TWEEDE TITEL.

Van verbindtenissen, die uit contract of overeenkomst geboren worden.

AFDEELING I.

Algemeene bepalingen.

§ 1.

Begrip van overeenkomst.

413. De eerste titel handelde van verbindtenissen in het algemeen, zonder acht te slaan op haren oorsprong; de tweede en derde zijn in het bijzonder gewijd aan de verbindtenissen, die uit overeenkomst, en aan die, welke uit de wet geboren worden. Men heeft in het opschrift van den titel van *contract of* overeenkomst gesproken, om daardoor te doen zien, dat beide uitdrukkingen als van dezelfde beteekenis beschouwd zijn, terwijl hier overigens telkens het woord *overeenkomst* alleen is gebezigd (1).

414. In het algemeen worden twee of meer personen gezegd overeen te komen, voor zoo ver er tusschen hen gelijkheid bestaat. Zij worden gezegd omtrent iets overeen te komen, wanneer zij daaromtrent overeenstemmen, hetzij door over eene zaak een gelijk oordeel te vellen, hetzij door omtrent het een of ander eenige afspraak te maken. Het begrip, door de wet aan dat woord gehecht, is meer beperkt; zij toch heeft met de overeenkomst alleen te maken, voor zoo ver die in regten gevolg heeft tusschen hen, die haar aangaan (2). Art. 1349 B. W. drukt dit uit door te zeggen: »eene

(1) Voorduin, V, bl. 51, 53. — (2) Verg. ook v. Savigny, III, bl. 307 en v.; *Obligr.*, II, bl. 7 en v.

overeenkomst is eene handeling waarbij een of meer persoon zich jegens een of meer andere verbinden."

415. In art. 1269 B. W. is overeenkomst genoemd als eene der bronnen van verbindtenissen. In art. 1349 B. W. wordt zij nu ook geheel als zoodanig aangeduid. De band, die tusschen partijen ontstaat, waar deze omtrent iets overeenkomen, maakt dit tot eene overeenkomst in den zin der wet, en behoort alzoo tot haar wezen. Art. 1101 C. N. spreekt van verbinden »à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose"; deze bijvoeging heeft onze wetgever echter, na de algemeene aanduiding van de strekking der verbindtenis in art. 1270 B. W., overbodig geacht (1).

416. Art. 1101 C. N. begint met deze woorden: «Le contrat est une convention." En deze beide uitdrukkingen moeten niet geacht worden van dezelfde kracht te zijn; de schrijvers bezigen convention als het geslacht, waarvan het contract eene soort uitmaakt. De eerste, die men genoemd heeft »l'accord arrêté entre deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique" (2), omvat dan niet alleen de overeenkomst als bron eener verbindtenis, maar ook die, waardoor eene verbindtenis wordt opgeheven, terwijl onder contract alleen de eerste verstaan wordt. Het is hier de plaats niet, te onderzoeken, of die onderscheiding, welke door anderen ook weder anders wordt voorgesteld, werkelijk door den Franschen wetgever is volgehouden, en of ook de Fransche bepaling in dien zin volledig is (3). Bij ons was in art. 1374 Wetb. van 1830 ook gezegd: een contract is eene overeenkomst; maar bij de herziening is die uitdrukking veranderd, en men kan dus naar onze wet zoodanige onderscheiding niet maken (4), die ook niet noodig schijnt te zijn. Hoezeer er toch onderscheid bestaat tusschen het ontstaan en de vernietiging eener verbindtenis, doet de overeenkomst, die strekt om eene verbindtenis te niet te doen gaan, inderdaad ook eene andere geboren worden, waardoor partijen zich verbinden de vorige als niet bestaande te beschouwen; en eerst door deze verbindtenis wordt de zaak in haar vroeger geheel teruggebragt. Het plan alleen van den schuldeischer, om aan de vorige verbindtenis geen gevolg te geven, vernietigt haar niet, zoolang door de overeenkomst der partijen geen band tusschen haar is ontstaan (5).

---

(1) ASSER, § 699; DE PINTO, II, § 719, bl. 367; 3e uitg. § 773, bl. 461. — (2) ZACHARIAE, I, § 340, bl. 379. Verg. POTHIER, n. 3; DURANTON, X, n. 9, verg. n. 55; TOULLIER, VI, n. 10. — (3) Verg. MARCADÉ, IV, n. 378 en v., 383, en *Rev. d. rev. de droit*, IX, bl. 112. — (4) VOORDUIN, V, bl. 53. Verg. DE PINTO, II, § 719, bl. 366 en v.; 3e uitg. § 773, bl. 460 en v. — (5) Zie echter A. S. VAN HENGELAAR, *De conventionibus earumque requisitis et effectibus* etc. (Utrecht 1839), bl. 9 en v.

417. De bepaling van art. 1349 B. W. schijnt echter niet vrij van gebreken te zijn. Vooreerst is het woord *handeling* te algemeen, ook in verband met de nadere bepaling daarvan, zoo als die volgt. Het waarnemen toch van eens anders zaken, onverschuldigde betaling en onregtmatige daden zijn ook handelingen, waardoor een of meer personen zich jegens een' of meer anderen verbinden, waaraan soms beide meer of minder deel hebben; en echter zijn ze geene overeenkomsten, maar doen ze, gelijk het heet, uit kracht der wet die verbindtenis geboren worden (1).

418. Het is voor het begrip van overeenkomst niet voldoende, dat een of meer personen jegens andere verbonden worden; dit moet geschieden door den overeenstemmenden wil van partijen, en hare wederzijdsche toestemming ten aanzien van hetzelfde onderwerp. Dit behoort tot het wezen der zaak; en daarom is ook eene eenvoudige belofte, aan de eene zijde gedaan, maar aan de andere niet aangenomen, tot zoo lang geene overeenkomst, noch als zoodanig eene bron van verbindtenis; hare vervulling kan niet worden gevorderd, en hij, die de belofte gedaan heeft, kan haar intrekken, totdat door hare aanneming aan de andere zijde eene overeenstemming van wil geboren is (2).

419. De uitdrukking, dat een of meer personen zich jegens een' of meer andere verbinden, is voorts almede niet geheel juist, daar het gevolg der overeenkomst als bron van verbindtenis daardoor te beperkt is aangeduid. De bepaling toch doet slechts aan eene eenzijdige, unilaterale, verbindtenis denken (3); niet aan die, welke wederzijdsche verpligtingen doet geboren worden. En eigenlijk is in het algemeen, gelijk wij bij den vorigen titel aanmerkten, door eene verbindtenis niet de een jegens den ander, maar zijn allen onderling en jegens elkander verbonden, hetzij die band allen regten geeft en verpligtingen oplegt, of slechts den een' verpligtingen oplegt, en den ander de daartegenoverstaande regten geeft.

420. Uit aanmerking van dit een en ander geloof ik, dat men eene overeenkomst kan bepalen als eene overeenstemming van twee of meer personen, die zich jegens elkander verbinden (4).

421. Dit verbinden toch is niet alleen een gevolg der overeenkomst, maar behoort, gelijk wij aanmerkten, ook tot haar wezen,

---

(1) Verg. LEVYSSOHN, in *Themis*, IX, bl. 506 en v., die echter ook spreekt van eene verbindende handeling tusschen twee of meer personen aangegaan. Zie ook OPZOOMER, III, bl. 2, 4. — (2) BAUER, § 242, bl. 305, zegt: »ein Vertrag ist ein *angenommenes Versprechen*." Verg. POTHIER, n. 3 en v.; DURANTON, X, n. 52 en v.; TOULLIER, VI, n. 24 en v. — (3) Verg. MARCADÉ, IV, n. 384. — (4) De aanmerking van OPZOOMER, III, bl. 4, komt mij daarom ongegrond voor. Verg. v. SAVIGNY, III, bl. 309.

en moet dus in de bepaling worden opgenomen. Het spreekt van zelf, dat eene overeenstemming van twee of meer personen in het algemeen geene verbindtenis ten gevolge hebben kan, wanneer het onderwerp dier overeenstemming daaraan vreemd is. Maar al is dit ook anders, en al betreft de overeenstemming ook eene zaak of eene daad, door eene der partijen te geven of te doen, zoo ontstaat er nog geene verbindtenis, wanneer partijen niet de bedoeling gehad hebben, om eene verbindtenis aan te gaan, wanneer de een b. v. slechts eene beleefdheid heeft willen bewijzen, of eenige dienstbetooning doen verwachten, die de ander heeft aangenomen. Hier moge al eene overeenstemming bestaan, zij bestaat niet omtrent de verbindende kracht, die daaraan zou kunnen worden toegekend, geene overeenstemming van partijen, die zich verbinden, en dus geene overeenkomst (1). De beoordeeling hiervan is natuurlijk geheel van de omstandigheden afhankelijk, het zij genoeg daarop opmerkzaam te maken. Als voorbeeld wordt genoemd de toezegging van een' vader, om zijn' zoon eene bepaalde som toe te staan tot het doen eener reis.

422. Er is een overeenstemmende wil van partijen noodig, maar deze kan, wanneer de wet geen bijzonderen vorm voorschrijft, op verschillende wijzen worden te kennen gegeven, en wel niet alleen uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend, hetzij aan de eene, hetzij aan beide zijden. Uitdrukkelijk geschiedt het, wanneer alle partijen haren wil bij monde of in geschrift te kennen geven. Stilzwijgend kan het geschieden door teekenen, door daden of ook zelfs door niets te doen (2). Er zijn teekenen, die zoo stellig als blijken van toestemming of afstemming beschouwd worden, dat ze bijna gelijk staan met eene uitdrukkelijke tekennengeving. Wanneer iemand van een' ander eenig geld ter leen vraagt, dat deze, zonder iets te zeggen, hem ter hand stelt, bestaat er evenwel tusschen hen eene overeenkomst; en dit is ook daar het geval, waar iemand stilzwijgend eene gift van hand tot hand geeft aan een' ander, die haar even stilzwijgend aanneemt. En wanneer na het eindigen eener verhuring, bij geschrift aangegaan, de huurder in het bezit is gebleven en gelaten, ontstaat daardoor, volgens art. 1609 B. W., eene nieuwe huur, schoon geene van beide partijen iets gedaan heeft om de huur te vernieuwen (3).

423. De wil van beide partijen moet op denzelfden tijd overeenstemmen, anders zou er geen overeenstemmende wil zijn. De eene partij kan er zich dus niet op beroepen, dat de andere op een ander

---

(1) POTHIER, n. 3; TOULLIER, VI, n. 8 en v.; DURANTON, X, n. 51; ZACHARIAE, I, § 343, bl. 382. — (2) Verg. v. SAVIGNY, III, bl. 242 en v., die ook de tekennengeving door gebaren en teekenen als eene uitdrukkelijke beschouwd, en eene stilzwijgende alleen aanneemt, waar de daad in de naaste plaats een ander doel heeft. — (3) TOULLIER, VI, n. 32 en v.

tijdstip heeft willen toestemmen in hetgeen zij nu wil, wanneer die andere het nu niet meer wil. Beider wil stemde noch toen, noch nu overeen; en wij hebben reeds gezien, dat een eenvoudig niet aangenomen aanbod niet verbindt. Een geweigerd aanbod moet geacht worden ook als zoodanig te zijn opgeheven, en niet meer te bestaan.

424. Het is echter niet noodig, dat beide partijen gelijktijdig haren wil te kennen geven; het is voldoende, zoo de eerste nog hetzelfde wil op het oogenblik, dat de andere haren wil openbaart. Een voorbeeld daarvan levert art. 1720 *b* B. W. ten aanzien der schenking, hetwelk, terwijl de bijzondere bepalingen daaromtrent alleen voor de schenking zelve gelden, het gezegde in het algemeen bekrachtigt. Hij, die het eerst zijn' wil te kennen heeft gegeven, moet, wanneer bepaalde omstandigheden niet aanwijzen, dat hij zijne toestemming heeft willen beperken tot het geval, dat ook de andere partij onmiddellijk toestemt, zoolang geacht worden hetzelfde te blijven willen, als hij van een tegenovergestelden wil geen blijken geeft (1).

425. Dit vindt bepaaldelijk zijne toepassing, wanneer eene overeenkomst door briefwisseling wordt gesloten. In het algemeen toch kan eene overeenkomst niet alleen in tegenwoordigheid van alle partijen, maar ook tusschen verwijderde personen door briefwisseling worden aangegaan (2). Hier doet zich echter de vraag op, op welk tijdstip zij geacht moet worden gesloten te zijn: op het tijdstip, dat de eene partij hare toestemming in hetgeen de ander heeft voorgesteld, te kennen geeft (3), of wel op het tijdstip, dat de laatstgenoemde partij van die toestemming der andere kennis bekomt (4); en deze vraag is van groot belang, omdat daarvan afhangt, hoelang de voorsteller bevoegd is tot herroeping. Het eerste komt mij in het algemeen het meest aannemelijk voor; omdat er overeenstemmende wil bestaat, zoodra partijen tegelijk hetzelfde willen en dien wil door woorden of daden openbaren, zonder dat daartoe tevens noodig is, dat de toestemming van den een aan den ander bekend zij. Hetgeen omtrent schenking is voorgeschreven, dat namelijk de aanneming, zoo zij niet bij de akte van schenking zelve gedaan is, *aan den schenker* moet *beteekend* zijn, alvorens de schenking voor dezen verbindende is, geldt alleen voor deze bepaalde overeenkomst, gelijk het ook bepaal-

---

(1) TOULLIER, VI, n. 26; ZACHARIAE, § 343, bl. 381. — (2) TOULLIER, VI, n 32 en v.; ZACHARIAE, § 343, bl. 381; TROPLING, *De la vente*, n. 21 en v. — (3) DURANTON, XVI, n. 45; ZACHARIAE, I, § 343, bl. 381, en n 2; MARCADÉ, IV, n. 395; E. CADRÈS, in *Rev d. rev. de droit*, VII, bl. 168—170; OPZOOMER, III. bl. 5; DE PINTO, 3e uitg., II, § 773, bl. 461 en v. — (4) TOULLIER, VI, n. 29; TROPLONG, t. a. p., n. 25 (verg. echter *Du mandat*, n. 109). Verg. HASSE, in *Rhein. Mus. für Jurisprud.*, II, bl. 371.

delijk omtrent deze is voorgeschreven. Men kan ook niet zeggen, dat de toestemming der eene partij, zoolang de ander, die het voorstel heeft gedaan, daarvan geen kennis draagt, alleen een niet geopenbaard voornemen is; zij houdt toch op dit te zijn, zoodra ze werkelijk is geopenbaard. Die openbaring geschiedt door de afzending van het berigt, waarin de toestemming wordt te kennen gegeven; die afzending is de daad, waardoor de eene partij haren wil aan de andere kenbaar maakt, en waaruit deze van dien wil kennis bekomt. Daar nu echter beide partijen op hetzelfde oogenblik eenstemmig moeten zijn, en om dezelfde reden, waarom voor de eene de afzending van haar berigt voldoende is, ook de andere tot aan die afzending bevoegd moet zijn haren wil te veranderen en hiervan het berigt aan gene toe te zenden, acht ik de overeenkomst gesloten op het oogenblik, waarop de eene partij hare toestemming in het voorstel openbaart door afzending van het berigt, wanneer niet vóór dien tijd door de andere partij het berigt harer wilsverandering is afgezonden, waarvan het bewijs gemakkelijk te leveren zal zijn.

426. Wat de vergoeding der schade betreft, die de eene partij kan lijden, doordien de andere, die het voorstel heeft gedaan, later van wil veranderd is (1), geloof ik, dat daaromtrent naar de omstandigheden zal moeten worden beslist. In het algemeen lijdt ieder zijne eigene schade, en de regel: nemo ex alterius facto praegravari debet, luidt zeker te algemeen onder eene wetgeving, die in art. 1401 B. W. de verpligting tot schadevergoeding beperkt tot onregtmatige daden, waartoe in den regel niet elke wilsverandering gebragt kan worden. En toch kan men soms niet zonder wettigen grond de tegenpartij met de vergoeding belasten van schade, die een ander door haar toedoen heeft geleden (2). Ik geloof, dat hiertoe slechts dan aanleiding is, wanneer er eenige schuld bestaat aan de zijde van hem, wiens wilsverandering de schade veroorzaakt heeft.

427. Het behandelde leidt nog tot eene aanmerking omtrent het noodige eener volkomene overeenstemming omtrent hetzelfde onderwerp. Wanneer het voorstel van den een en de aanneming van den ander niet volkomen overeenstemmen, kan er geene overeenkomst zijn. Wanneer zulks plaats heeft in tegenwoordigheid der partijen, zal het in den regel ligt blijken, of de oorspronkelijke voorsteller uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft getoond toe te stemmen in hetgeen de andere partij als haren wil heeft geopenbaard, in welk geval daardoor eene overeenkomst in dien zin bestaat. Tusschen verwijderde personen is het echter mogelijk, dat twee brieven elkander kruisen, in welke

---

(1) Verg. DURANTON, XVI, n. 45; TROPLONG, *De la vente*, n. 27. — (2) Anders OPZOOMER, III, bl. 6 en v.

omtrent hetzelfde onderwerp verschillende voorstellen worden gedaan. Hier kan, geloof ik, geene overeenkomst worden aangenomen. TOULLIER stelt als voorbeeld, dat de een den ander wijn van eene bepaalde soort aanbiedt tegen 600 fr. het vat, terwijl deze gelijktijdig van genen wijn van die zelfde soort ontbiedt tegen 650 fr. het vat, en acht hier den koop tegen 600 fr. gesloten. Het is waar, dat de laatste, die 650 toezegt, geacht kan worden in de bepaling van den prijs op 600 genoegen te nemen, maar even zeker is het, dat hij, die tegen 600 wil verkoopen, in een aanbod van 650 genoegen neemt; en het belang van den een staat hier geheel met het belang van den ander gelijk. Hier is geene zamenstemming en daarom ook geene overeenkomst, zoolang partijen zich daarover niet nader verstaan (1).

428. Nog zij aangemerkt, dat geen voorstel meer kan worden aangenomen ter voltooijing eener overeenkomst nadat eene der partijen overleden is, of niet meer in staat om overeenkomsten aan te gaan, omdat dan geene zamenstemming der partijen meer mogelijk is. De bepaling van art. 1354 B. W. bewijst niets hiertegen, daar het slechts zijne toepassing vinden kan, waar werkelijk eene overeenkomst is aangegaan (2).

429. Wat voorts de bevoegdheid betreft, om een aanbod te herroepen totdat het zal zijn aangenomen, deze komt mij voor te bestaan, al had hij, die het aanbod deed, daarbij ook op zich genomen om het vóór een bepaalden tijd niet te herroepen (3), omdat ook deze verklaring, op zich zelve staande, geene overeenkomst is, noch als zoodanig eene verbindtenis daarstelt. Anders zal dit slechts daar zijn, waar de andere partij die verklaring heeft aangenomen en men dus is overeengekomen, dat de oorspronkelijke voorsteller gedurende zekeren tijd aan zijn voorstel zal gebonden wezen.

§ 2.

Onderscheiding der overeenkomsten.

430. Art. 1350 *a* B. W. onderscheidt de overeenkomsten in die, welke *om niet,* en in die, welke *onder eenen bezwarenden titel* worden aangegaan. De eerste zijn volgens het tweede lid de zoodanige, waarbij de eene partij aan de andere, zonder eenige baat, een voordeel toekent; de andere, volgens het laatste lid, de zoodanige, welke

---

(1) Verg. TOULLIER, VI, n. 27 en v.; DURANTON, XVII, n. 14; TROPLONG, *Louage*, n. 2; V. SAVIGNY, III, bl. 274 en v. Zie ook V. SAVIGNY, III, bl. 444 en v.; PUCHTA, *Vorl.*, I, bl. 138. — (2) TOULLIER, VI, n. 31; ZACHARIAE, I, § 343, bl. 381 en n. 3. — (3) Verg. TOULLIER, VI, n. 30.

iedere der partijen in de verpligting brengt om iets te geven, te doen of niet te doen (1).

431. De woorden: „zonder eenige baat", in art. 1350 *b* B. W., die nog wat sterker zijn dan de Fransche: „avantage purement gratuit," in art. 1105 C. N., geven aanleiding tot de vraag, of b. v. eene schenking, waarbij aan den begiftigde een geringe last ten behoeve van den schenker is opgelegd, daarom van eene overeenkomst om niet eene onder bezwarenden titel wordt, en of men hierom niet nog eene derde soort, van gemengde overeenkomsten, zou moeten aannemen (2). Zij schijnt inderdaad, volgens de woorden der wet, slechts tot de laatste soort, die onder een bezwarenden titel, gebragt te kunnen worden, ofschoon zij desniettemin een contrat de bienfaisance blijft, gelijk art. 1105 C. N. de overeenkomsten om niet noemt (3). Hoe dit zij, ik acht de vraag van gering of geen praktisch belang, daar de handeling er eene schenking om kan blijven; verg. art. 1707 B. W. In het algemeen schijnt de in art. 1350 B. W. gemaakte onderscheiding niet juist van het uiterste gewigt te zijn (4), en niet meer vermelding te verdienen, dan die andere, welke onze wetgever niet uit den C. N. heeft overgenomen; daar inderdaad alle overeenkomsten minder of meer wederkeerige verpligtingen doen geboren worden, en de wet in die gevallen, waarin zij eene vervreemding om niet verbieden wil, deze onder den naam van schenking verbieden kan, gelijk zij dan ook bijna overal heeft gedaan.

432. De C. N. onderscheidt voorts in art. 1102 en 1103 de contracten in synallagmatiques ou bilatéraux en unilatéraux. Wij zouden gene wederkeerige of wederzijdsche, deze eenzijdige kunnen noemen. Door de eerste verbinden partijen zich wederkeerig jegens elkander, door de laatste verbindt slechts de eene partij zich jegens de andere, niet omgekeerd. De eersten worden voorts nog wel weder onderscheiden in sygnallagmatiques parfaits en imparfaits (5). Dat deze onderscheiding, in tegenstelling van die van art. 1350 B. W., geheel van geen praktisch gebruik zou zijn (6), meen ik te mogen betwijfelen; omdat, hoezeer alle overeenkomsten minder of meer weder-

---

(1) Verg. v. SAVIGNY, IV, bl. 11; *Obligr.*, II, bl. 13 en v. — (2) POTHIER, n. 12; TOULLIER, VI, n. 20. Verg. DURANTON, X, n. 80. De aanmerking, door dezen schrijver tegen de laatste woorden van het laatste lid gemaakt, komt mij weinig gegrond voor. — (3) OPZOOMER, III, bl. 7 en v., heeft mijne redenering geheel onjuist voorgesteld. — (4) Zoo DE PINTO, II, § 720, bl. 369 en v.; 3e uitg. § 774, bl. 464. Verg. OPZOOMER, III, bl. 8. — (5) Verg. POTHIER, n. 9; TOULLIER, VI, n. 18 en v.; DURANTON, X, n. 65—73; ZACHARIAE, I, § 341, bl. 379 en n. 7; MARCADÉ, IV, n. 388. — (6) Verg. ASSER, § 699; DE PINTO, II, § 720, bl. 369; 3e uitg. § 774, bl. 464.

keerig zijn, de wet zelve in art. 1302 *a* B. W. bepaaldelijk van wederkeerige overeenkomsten spreekt. De onderscheiding is dus ook in de wet bekend; zij is echter, behalve dat men beter van wederzijdsche en eenzijdige verbindtenissen zou kunnen spreken dan van zoodanige overeenkomsten, duidelijk genoeg, en hare nadere bepaling is te zeer leerstellig, dan dat zij afzonderlijk in het B. W. behoefde te worden opgenomen.

433. Hetzelfde geldt ook van de onderscheiding, in art. 1104 C. N. gemaakt, tusschen contrats commutatifs of van verwisseling, waarbij iedere partij verbonden wordt iets te geven of te doen, hetwelk beschouwd wordt als de waarde van hetgeen de andere geeft of doet, en aléatoires of kansovereenkomsten, waar het aequivalent voor de partijen bestaat in de kans van winst en verlies (1). Over kansovereenkomsten wordt bepaaldelijk gehandeld in titel XVI van dit boek; de andere soort wordt niet bij name genoemd.

434. Onze wet onderscheidt voorts in art. 1355 B. W. tusschen overeenkomsten, die eene eigene benaming hebben, en de zoodanige, die onder geene bijzondere benaming bekend zijn. Dit doet denken aan de contractus nominati et innominati der Romeinen; bij wie deze onderscheiding echter uitgebreider gevolgen had, daar beide soorten bij ons dezelfde kracht hebben, al heeft ook de daaruit voortvloeijende verbindtenis aan geene van beide zijden vervulling erlangd (2). De onderscheiding zelve is door de gebezigde uitdrukking duidelijk; er zijn overeenkomsten, die, wegens haar veelvuldig gebruik in een bepaalden vorm, eene eigene benaming hebben bekomen, zoo als die van koop, ruiling, huur enz., wier wezen men zich dadelijk, op het hooren van dien naam, voor den geest stelt. De handelingen der menschen zijn intusschen van zoo onderscheiden aard, dat men ze niet alle onder eigene benamingen kon omvatten.

435. Het doel, waarmede de wetgever van deze onderscheiding melding maakt, is dan ook niet, om een wezenlijk onderscheid tusschen beide soorten vast te stellen, maar alleen om te bepalen, dat beide evenzeer onderworpen zijn aan de algemeene regelen, welke het onderwerp van dezen en van den vorigen titel uitmaken (3). De bijzondere regelen ten aanzien van bepaalde overeenkomsten, met eigene benaming, worden, gelijk art. 1355 *b* zegt, opgegeven in de titels, welke over ieder dezer overeenkomsten handelen, en de bijzondere regelen omtrent handelszaken zijn vastgesteld bij de wetten tot

---

(1) POTHIER, n. 13; TOULLIER, VI, n. 20; DURANTON, X, n. 74—77; ZACHARIAE, § 341, bl. 380; MARCADÉ, IV, n. 389. — (2) TOULLIER, VI, n. 17; DURANTON, X, n. 91; MARCADÉ, IV, n. 391; VERNEDE, op art. 1355 B. W. — (3) Het Wetb. v. 1830 spreekt alleen van dezen titel. Verg. VOORDUIN, V, bl. 54.

den koophandel betrekkelijk. Die bepalingen kunnen op de onbenoemde overeenkomsten niet, of althans niet dan spaarzaam en bij analogie worden toegepast, omdat ze voor deze niet zijn gemaakt (1); even als de bepalingen omtrent de eene benoemde overeenkomst in het algemeen hare toepassing niet vinden bij eene andere. Maar de regelen van dezen en van den vorigen titel zijn op allen evenzeer toepasselijk; voor die, voor welke afzonderlijk bijzondere regelen gegeven zijn, strekken zij ter aanvulling van deze; voor de onbenoemde zijn zij de eenige uitdrukkelijke regeling. Men merke nog op, dat eene overeenkomst, die uit haren aard eene benoemde en door de wet geregelde is, als zoodanig beschouwd en naar de bijzondere regelen beoordeeld moet worden, al hebben partijen haar ook geene benaming, of al hebben zij haar eene andere benaming gegeven dan haar toekomt (2).

436. Men kan voorts onderscheiden tusschen hoofd- en bijkomende overeenkomsten; deze onderscheiding is echter van weinig praktisch belang, omdat, terwijl zij ten aanzien der verbindtenissen gevolgen heeft, het wezen en de gevolgen der overeenkomst als zoodanig dezelfde zijn.

437. Met meer grond kan men de overeenkomsten onderscheiden in de zoodanige, die tot haar geldig bestaan bijzondere formaliteiten vorderen, en die, welke ze niet vorderen. Bij de meesten wordt alleen op den overeenstemmenden wil gelet, en is daarmede de overeenkomst volkomen; ook zonder akte, die er slechts het bewijs van behelst. Anderen hebben geene kracht, zoo zij niet bij eene akte zijn geconstateerd; dit geldt b. v. van dading, volgens art. 1888 *b* B. W.; van bodemerij, volgens art. 570 *a* W. v. K. Nog anderen hebben tot haar geldig bestaan eene notariële akte noodig, gelijk huwelijksche voorwaarden en anderen (3).

438. De Romeinsche onderscheiding tusschen contractus reales, verbales, litterales en consensuales bestaat bij ons niet meer. Men behoeft ook geene onderscheiding tusschen de eerste en laatste soort meer aan te nemen (4); alle overeenkomsten toch vorderen slechts den overeenstemmenden wil, des noods in wettelijken vorm uitgedrukt; bij geene is bovendien de overgifte der zaak noodig. Pandregt bestaat wel zonder zoodanige afgifte niet, de overeenkomst van pandgeving wordt dus even als die van bruik- en verbruikleening en bewaargeving

---

(1) Verg. DURANTON, X, n. 92; ZACHARIAE, I, § 341, bl. 380.— (2) ZACHARIAE, I, § 341, bl. 380, n. 2. — (3) Verg. POTHIER, n. 15; DURANTON, X, n. 88 en v.; MARCADÉ, IV, n. 392. — (4) Verg. POTHIER, n. 10 en v.; DURANTON, X, n. 81 en v.; TOULLIER, VI, n. 17; ZACHARIAE, I, § 340, bl. 379; MARCADÉ, IV, n. 391. V. ASSEN, § 303, bl. 332 en v., onderscheidt echter tusschen die, welke alleen toestemming vorderen, en die, welke tevens overgifte vorderen der zaak.

door de overgeving verwezenlijkt en als bron van verbindtenis voltooid (1), maar zij bestaat als overeenkomst ook zonder deze, en de schuldeischer kan b. v. op grond daarvan de afgifte van het pand vorderen. Eveneens is de onderscheiding van het Romeinsche regt tusschen pacta nuda en contractus in onze wetgeving niet gevolgd, die toch nergens het bestaan van gene in tegenoverstelling van deze met aan beide eigene gevolgen heeft aangenomen (2).

AFDEELING II.

Van de voorwaarden, welke vereischt worden tot de bestaanbaarheid der overeenkomsten.

439. Men onderscheidt gewoonlijk tusschen hetgeen behoort tot het wezen der overeenkomst, zonder hetwelk deze niet kan bestaan; dat, wat behoort tot hare natuur, zoodat het geacht wordt een gedeelte der overeenkomst uit te maken, al hebben partijen zich er niet over uitgelaten, omdat de wet of eene door de wet erkende gewoonte zulks medebrengt, maar 'twelk tevens, als niet tot het wezen behoorende, van de overeenkomst kan worden uitgesloten; en dat, hetwelk enkel toevallig is bij eene overeenkomst, en daarin niet begrepen wordt, dan uit hoofde van eene uitdrukkelijke bepaling, bij de overeenkomst gemaakt (3).

440. Alleen het eerste komt hier, waar sprake is van de voorwaarden, welke vereischt worden tot de bestaanbaarheid der overeenkomsten, in aanmerking, voor zoo ver het voor alle overeenkomsten in het algemeen geldt. Het zijn voorwaarden, zonder welke geene overeenkomst geldig is; bestanddeelen, zonder welke zij niet als bron eener verbindtenis tot stand kan komen, noch in regten bestaan (4); zij behooren dus tot het wezen *der overeenkomst.*

441. De wet vordert dan in art. 1356 B. W. tot de bestaanbaarheid der overeenkomsten deze vier voorwaarden, of vereischten (5):

---

(1) Verg. over art. 1734 hieronder VIII, n. 202. — (2) Het tegendeel is wel betoogd door Mr. J. J. L. VAN DER BRUGGHEN, in *Bijdr. t. R. en W.*, XI, bl. 489—529, XII, bl. 29—108; het zij echter hier, waar eene opzettelijke beschouwing dier verhandeling minder voegt, voldoende te verwijzen naar hetgeen daartegen kort is aangemerkt door DE PINTO, II, § 719, bl. 367 en v.; 3e uitg. § 773, bl. 462 en v. — (3) POTHIER, n. 5—8; DURANTON, X, n. 96—100; BAUER, § 242. Verg. v. SAVIGNY, *Obligr.*, I, bl. 18 en v. — (4) ZACHARIAE, I, § 342, bl. 380, n. 5. Verg. OPZOOMER, III, bl. 2 en v. — (5) LEVYSSOHN, in *Themis*, XII, bl. 250.

1°. de toestemming van degenen, die zich verbinden;
2°. de bekwaamheid om eene verbindtenis aan te gaan;
3°. een bepaald onderwerp;
4°. eene geoorloofde oorzaak.

442. Deze vier voorwaarden worden gevorderd tot de bestaanbaarheid van alle mogelijke overeenkomsten, en moesten daarom als zoodanig vermeld worden in dezen titel, welks bepalingen voor alle overeenkomsten gelden, hetzij deze eene eigene benaming hebben, hetzij ze onder geene bijzondere benaming bekend zijn. Zij zijn dus niet de eenige, die tot het wezen eener overeenkomst behooren. Zoo behoort tot het wezen van koop en verkoop een bepaalde prijs in geld of geldswaarde, daar eene vervreemding om niet schenking, en de overeenkomst, waarbij eene andere zaak de plaats van den prijs inneemt, eene ruiling is. Maar dit behoort tot het wezen van bijzondere overeenkomsten, en vorderde dus hier geene vermelding. Hetzelfde geldt ten aanzien van den wettelijken vorm, die voor sommige overeenkomsten noodig is, niet slechts tot bewijs voor haar bestaan, maar als wezenlijke voorwaarde van hare geldigheid, doch die tot het begrip van overeenkomst in het algemeen niet wordt gevorderd.

443. Maar onder de algemeene tot de bestaanbaarheid van alle overeenkomsten gevorderde voorwaarden had wel mogen gebragt zijn, dat iemand, op eigen naam handelende, zich zelven moet verbinden, of voor zich zelven iets bedingen; daar het tegendeel, volgens art. 1351 B. W., behoudens de nadere bepalingen van art. 1352 en 1353 B. W., niet kan geschieden. Pothier spreekt hiervan, waar hij handelt over hetgeen het onderwerp der contracten kan uitmaken, en merkt aan, dat dit alleen het geval is met hetgeen de contracterende partijen betreft (1). Art. 1352 en 1353 schijnen intusschen aan te wijzen, dat deze voorstelling niet geheel juist is. De C. N. spreekt daarvan in art. 1119 en v., in eene afdeeling, handelende over de vereischte toestemming, alsof een gebrek in de toestemming de grond der bepaling is. Onze wetgever heeft teregt ingezien, dat dit ongepast was (2); maar had daarom de bepalingen van art. 1351—1353 B. W. niet in de eerste afdeeling onder de algemeene bepalingen behoeven te plaatsen. Zij behooren, mijns bedunkens, wel tot de algemeene bepalingen ten aanzien der overeenkomsten; maar moesten in dezen titel, die geheel daaraan gewijd is, geplaatst zijn in de tweede afdeeling, niet als behoorende tot de bepalingen omtrent het onderwerp of omtrent de toestemming, maar als op zich zelve staande voorwaarde voor de geldigheid der overeenkomsten (3).

---

(1) Pothier, n. 53 en v. — (2) Verg. Asser, § 700; de Pinto, II, § 721, bl. 370 en v.; 3e uitg. § 775, bl. 465 en v. — (3) Verg. voorts Duranton, X, n. 94; Marcadé, IV, n. 426 en v.

444. In het algemeen kan dan, volgens art. 1351 B. W., niemand zich op zijn' eigen naam verbinden of iets bedingen dan voor zich zelven. De uitdrukking: *zich verbinden*, die hier voorkomt even als in art. 1119 C. N., schijnt niet juist gekozen te zijn. De bepaling toch, zoo als zij luidt, is niet volkomen waar, daar de borg zich op zijn' naam voor een' ander verbindt, en ook art. 1352 B. W. een voorbeeld daarvan oplevert. Dit heeft men dan ook voorzeker in art. 1351 niet willen beletten, maar men heeft willen bepalen, dat men op zijn' eigen naam geene verbindtenis kan tot stand brengen dan voor zich zelven; in dezen zin is echter de uitdrukking »zich verbinden voor zich zelven" voor het minst vreemd. Hoe dit zij, de bedoeling is wel niet twijfelachtig (1).

445. En dan schijnt de gegrondheid der bepaling aan geen redelijken twijfel onderworpen te zijn. Zij is verdedigd met te zeggen, dat de overeenkomsten aan derden geen voordeel of nadeel kunnen toebrengen, maar deze bepaling van art. 1376 B. W. zou men evenzeer met die van art. 1351 kunnen verdedigen; de vraag blijft, waarom dit niet kan. Er is ook gezegd, dat men, slechts voor een' derde bedingende, geen geldelijk belang heeft bij de zaak, en bij gemis van dit belang de vervulling der verbindtenis niet zou kunnen vorderen in regten; bij deze voorstelling echter veronderstelt men het bestaan eener verbindtenis daar, waar deze in het geheel niet bestaat. Maar waar iemand iets bedingt of belooft voor eenen derde, daar kan tusschen hem zelven en de andere partij geene verbindtenis ontstaan, omdat deze geheel buiten de overeenkomst ligt, en partijen omtrent zoodanige verbindtenis niet overeengekomen zijn, zoodat zij ook onmogelijk een gevolg der overeenkomst zijn kan. En tusschen den derde en de partij, met welke men gehandeld heeft, kan evenmin eene verbindtenis ontstaan uit eene overeenkomst, waaraan die derde vreemd is. Waar eene verbindtenis zal voortspruiten niet uit de wet, maar uit eene overeenkomst, daar moet zij noodwendig een gevolg zijn van den overeenstemmenden wil dergenen, tusschen wie de verbindtenis zal bestaan, omdat buiten dien wil alleen een hoogere, die der wet, zoodanig gevolg kan hebben (2).

446. Men lette vooral op de woorden: *op zijnen naam*, waarin voornamelijk de kracht der bepaling gelegen is. Op naam van den derde kan men dezen wel verbinden en voor hem bedingen; natuurlijk niet door eenvoudig zijn' naam aan te nemen, maar door met ver-

---

(1) Verg. POTHIER, n. 56; DURANTON, X, n. 206 en v.; MARCADÉ, IV, n. 428 en v. — (2) Verg. hierbij POTHIER, n. 54 en v.; TOULLIER, VI, n. 130 en v., 148; DURANTON, X, n. 105, 220 en v.; DE PINTO, II, § 721, bl. 371; 3e uitg. § 776, bl. 465 en v.; SCHÜLLER, op art. 1351 B. W.; V. SAVIGNY, *Obligr.*, II, bl. 74 en v.

melding van eigen naam te handelen in naam van eenen derde. Zoo kan de man als zoodanig namens zijne vrouw eene overeenkomst sluiten, de vader namens het kind, dat onder de vaderlijke magt staat, de voogd of curator namens den minderjarige of onder curatele gestelde, enz., de lasthebber in naam van zijnen lastgever, de negotiorum gestor in naam van hem, wiens zaken hij waarneemt, en die, volgens art. 1393 B. W., verpligt is, de verbindtenissen, door den waarnemer in zijnen naam aangegaan, na te komen. Wanneer iemand, krachtens de bevoegdheid, hem door de wet of door een' derde gegeven, voor dezen, op diens naam, bij overeenkomst met een' ander iets bedingt of toezegt, doet hij dit als vertegenwoordiger van dien derde, of zoo men liever wil, doet deze het zelf door zijne tusschenkomst (1).

447. In al deze gevallen ontstaat er tusschen hem, in wiens naam gehandeld is, en de andere partij eene verbindtenis, indien hij, die op naam van den eerstgenoemde gehandeld heeft, zich heeft gehouden binnen de grenzen zijner bevoegdheid, of wel de eerstgenoemde later bekrachtigt, wat op zijnen naam is geschied (2). Hij bekrachtigt hierdoor niet iets, quod ab initio nullum est, en daarom nullum potest producere effectum; hetgeen hij bekrachtigt was niet onbestaanbaar, omdat op eens anders naam gehandeld is. Ware dit niet geschied, zoo zou ook eene bekrachtiging niets afdoen, zonder dat er eenige overeenkomst tusschen den derde en de andere partij tusschenbeide kwam.

448. Wanneer hij, die op eens anders naam gehandeld heeft, den kring zijner bevoegdheid te buiten is gegaan, of wel in het geheel geene bevoegdheid had, spreekt het van zelf, dat die ander door zijne overeenkomst evenmin gebonden kan zijn, als wanneer hij op zijn' eigen naam gehandeld had (3). In dit geval is de overeenkomst echter niet noodzakelijk geheel onbestaanbaar en zonder gevolg. Hij, met wien gehandeld is, kan namelijk in dit geval van zijne partij vergoeding van al de door deze daardoor veroorzaakte schade vorderen, zoo deze, bewust van hare onbevoegdheid tot hetgeen zij deed, zich als daartoe bevoegd heeft voorgedaan. Ook dit is echter slechts een gevolg eener handeling op naam eens derden. Zoo iemand op eigen naam iets voor een' ander bedong of toezegde, zou in het algemeen zoodanige schadevergoeding niet te pas komen, omdat de wet zelve deze overeenkomst onbestaanbaar verklaart.

---

(1) POTHIER, n. 55, 74—84; TOULLIER, VI, n. 155; SCHÜLLER, op art. 1351 B. W.; DURANTON, X, n. 210—214, 228. — (2) POTHIER, n. 75. — (3) Verg. Noord-Braband 1 Junij 1841, *N. R.*, IX, § 24, bl. 133 en v.; VERNEDE, op art. 1351 B. W.

449. De bepaling van art. 1351 B. W. ziet alleen op overeenkomsten, als waarvan hier gehandeld wordt. Gekweten kan eene verbindtenis, volgens art. 1418 *b* B. W., ook worden door een' derde, handelende in zijn' eigen naam; en art. 1422 B. W. bewijst, dat ook eene betaling, aan een' ander dan den schuldeischer gedaan, van waarde kan zijn. Partijen kunnen ook in hare overeenkomst een' derde noemen, aan wien of door wien de voldoening geschieden zal der verbindtenis, die alleen tusschen haar bestaat en waaraan de derde eigenlijk geheel vreemd blijft, terwijl deze alleen is adjectus solutionis gratia, en geen regt van vordering erlangd noch vervolgd kan worden (1). Hier vindt art. 1351 geene toepassing.

450. Men merke voorts op, dat de wet niet zegt, dat niemand op zijn' eigen naam eene verbindtenis aangaan of iets bedingen kan voor een' derde, maar dat niemand dit kan dan voor zich zelven. Het is hierom, dat ik het gevoelen, hoezeer van schrijvers van gezag (2), niet durf aannemen, dat men eene verbindtenis kan aangaan of iets bedingen voor zijne erfgenamen; veelmin, dat men dit zou kunnen voor een bepaalden erfgenaam; de vraag, of het beding, op eigen naam gemaakt voor een' derde, die later onze erfgenaam wordt, daardoor geldig wordt, is dan ook, mijns bedunkens, geheel overbodig. Men wordt wel, volgens art. 1354 B. W., verondersteld bedongen te hebben voor zich zelven en voor zijne erfgenamen en regtverkrijgenden, maar de wet veronderstelt hier, dat men werkelijk voor zich zelven heeft bedongen, en laat dan de werking daarvan ook op de erfgenamen en regtverkrijgenden overgaan; daaruit kan dus geenszins worden afgeleid, dat men ook regtstreeks voor dezen iets zou kunnen bedingen. Dat wij belang bij zoodanig beding zouden hebben, is alleen waar, wanneer men een zedelijk belang bedoelt; in allen gevalle maakt dit het beding niet tot een beding voor ons zelven. En dat onze erfgenamen beschouwd worden als wij zelve, is ten aanzien van het punt, 'twelk wij behandelen, eene fictie, die voorzeker de bekrachtiging der wet behoeven zou, om in regten gevolg te kunnen hebben. Dat zij ons opvolgen, en wij in hen voortleven, belet niet, dat zij, zoolang wij bestaan, wel degelijk van ons onderscheiden zijn (3).

451. De bepaling van art. 1351 B. W. geldt slechts *in het algemeen;* de wet zelve geeft dus te kennen, dat zij niet zonder eenige beperking moet worden toegepast. Art. 1352 en 1353 B. W. behelzen dan ook bepalingen, die de eerste eenigzins wijzigen (4). Of

---

(1) POTHIER, n. 57; DURANTON, X, n. 226. — (2) POTHIER, n. 61 en v., 64 en v.; TOULLIER, VI, n. 154; DURANTON, X, n. 255, 260—263. — (3) Verg. mr. A. M. DE ROUVILLE, in *Themis*, XIV, bl. 551 en v. — (4) DURANTON, X, n. 215, 229.

liever, zij bepalen den zin der eerste nader; want zelve bevatten zij niets, wat met het beginsel strijdt, dat aan het eerste tot grondslag strekt; veelmeer is dit daarbij in het oog gehouden.

452. Volgens art. 1352 B. W. »kan men zich voor eenen derde sterk maken of instaan, door te beloven dat dezelve iets doen zal, behoudens de vordering tot schadevergoeding tegen dengenen die voor eenen derde ingestaan of beloofd heeft denzelven iets te doen bekrachtigen, indien deze derde weigert om de verbindtenis na te komen." De redactie van dit artikel, waarin men het even weinig duidelijk art. 1120 C. N. geheel gevolgd heeft, schijnt mij vrij verward, om niet te spreken van het minder juist gebruik van het woord »verbindtenis" ten aanzien van hem, voor wien hier geene verbindtenis bestaat. De bedoeling toch schijnt mij eenvoudig deze te zijn: eene overeenkomst, waarbij iemand belooft, dat een derde iets zal geven, doen of niet doen, is niet onbestaanbaar, wanneer hij daarbij voor dien derde instaat of zich sterk maakt en zich alzoo aansprakelijk stelt tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, voor het geval, dat de derde weigert aan zijne belofte gevolg te geven.

453. Men beschouwe dit, om het woord *niettemin*, waarmede het artikel aanvangt, niet als eene afwijking van art. 1351. Hij toch, die iets voor een' derde belooft, verbindt hier inderdaad zich zelven, niet den derde. Zijne verbindtenis is slechts eene voorwaardelijke, zoodat hij alleen aansprakelijk is, wanneer de derde, tegen wien zijne overeenkomst geen regt van vordering geven kan, niet doet, wat hij beloofd had, dat deze zou doen; en deze voorwaardelijke verbindtenis is het gevolg zijner eigene overeenkomst (1).

454. Er is beweerd, dat de derde, wanneer hij voldoet aan hetgeen te zijnen aanzien beloofd was geacht wordt verbonden te zijn geweest van het oogenblik der overeenkomst en reeds toen daartoe last te hebben gegeven (2). De slotwoorden, sprekende van eene nakoming der verbindtenis, gaven misschien aanleiding tot deze voorstelling; zij komt mij echter minder juist voor, omdat hier voorzeker verondersteld wordt, dat men op eigen' naam, en niet in dien des derden gehandeld heeft, en nu deze zich wel bij eene nieuwe overeenkomst met de andere partij verbinden, maar geene handeling, waaraan hij geheel vreemd is, bekrachtigen kan. De uitdrukking: IETS *bekrachtigen*, in art. 1352 voorkomende, schijnt ook wel aan te toonen, dat

---

(1) Verg. POTHIER, n. 56; TOULLIER, VI, n. 136, 156; DURANTON XI, n. 207; MARCADÉ, IV, n. 430 en v.; DE PINTO, II, § 722, bl. 371; 3e uitg. § 776, bl. 466; SCHÜLLER, op art. 1352 B. W.; OPZOOMER, III, bl. 14 en v. — (2) SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1352 B. W.

men hier niet aan de bekrachtiging dier overeenkomst gedacht heeft, maar aan de bekrachtiging van iets, waarover de overeenkomst heeft geloopen. De derde is tot geene voldoening verpligt; voldoet hij echter, zoo kan hij in zekeren zin geacht worden voor den voorwaardelijken schuldenaar te voldoen; hij voldoet althans aan den inhoud eener bestaande overeenkomst, en kan daarom het voldane niet als onverschuldigd terugvorderen. — Het gezegde wijst ook voldoende het onderscheid aan, dat er tusschen zoodanige voorwaardelijke verbindtenis en een borgtogt bestaat (1).

455. Het kan, zonder uitdrukkelijke bepaling deswege, uit de geheele strekking der overeenkomst blijken, dat hij, die iets van een' ander beloofd heeft, daarvoor instaat of zich sterk maakt, en alzoo zich zelven bij niet-vervulling tot vergoeding verbindt (2). Als voorbeeld strekke het geval, dat niemand eenige daad van zijn' dienstbode of arbeider belooft, of dat een voogd, ter vermijding van kosten, zonder regterlijke magtiging eenig goed verkoopt van den minderjarige, die later den verkoop zal erkennen (3). In het algemeen mag zulks echter, waar het noch uit de woorden der overeenkomst, noch uit de omstandigheden met genoegzame zekerheid kan worden afgeleid, niet ligt worden verondersteld. Wel spreekt art. 1380 B. W. van eene opvatting der overeenkomst in een' zin, waarin zij van eenige uitwerking kan zijn, maar alleen waar de zin twijfelachtig is, en daarop is dan ook de voorgaande stelling gegrond; doch waar van zoodanige bedoeling, om zich zelven te verbinden, geheel niet blijkt, daar mag het verlangen, om de overeenkomst van eenige kracht te doen zijn, niet leiden tot aanneming van het bestaan eener conditio sine qua non, wier bestaan als een vereischte wordt voorgesteld, en dus niet wordt verondersteld (4). De verbindtenis tot schadevergoeding behoeft voorts niet uitgedrukt te zijn, maar is een gevolg van het instaan of sterk maken.

456. De overeenkomst, waarbij men iets voor een' ander belooft, is a fortiori geldig, wanneer men, in plaats van zich juist voor schadevergoeding aansprakelijk te stellen, er eene bepaling van straf voor zich zelven bijvoegt, die dan ook hier in plaats dier vergoeding strekt; en men kan niet zeggen, dat de accessoire verbindtenis hier

---

(1) DURANTON, X, n. 208, 217. Zie echter OPZOOMER, III, bl. 17. — (2) TOULLIER, VI, n. 136 en v.; DURANTON, X, n. 215; ZACHARIAE, I, § 346, bl. 386; MARCADÉ, IV, n. 432. — (3) DURANTON, X, n. 218. — (4) DURANTON, X, n. 209; ZACHARIAE, I, § 346, bl. 386, bl. 9. Voor eene meer ruime aanneming daarvan zijn: POTHIER, n. 56; TOULLIER, VI, n. 136; MALLEVILLE, op art. 1119 C. N., III, bl. 25. Het halen of roepen van een' geneesheer bij een' derde kan niet eens als eene overeenkomst beschouwd worden, veelmin eene verbindtenis tot betaling van het honorarium scheppen; kgr. Voorburg 16 Nov. 1842, *R. B.*, V, bl. 316 en v.

nietig moet zijn wegens de nietigheid der hoofdverbindtenis, omdat deze juist door de bijvoeging van gene hare bestaanbaarheid erlangt (1).

457. Aan den anderen kant kan men, volgens art. 1353 *a* B W., ook ten behoeve van een' derde iets bedingen, wanneer een beding, hetwelk men voor zich zelven maakt, of eene gift, die men aan een' ander doet, zulk eene voorwaarde bevat; en zulks ofschoon men anders voor een' ander niet bedingen kan. Maar hier heeft men, door het maken van zoodanige voorwaarde (2), getoond belang te stellen in hetgeen men voor een' ander heeft bedongen, en kan daarom geacht worden in zijn eigen belang bedongen te hebben; dat men daarvan een beding voor zich zelven, b. v. bij eene overeenkomst onder bezwarenden titel, of ook slechts van eene strafbepaling in zijn eigen voordeel, of eene gift afhankelijk maakt, heeft ten gevolge, dat dit beding voor een' derde niet zonder uitwerking is. De andere partij wordt daardoor jegens hem, die iets voor een' derde bedongen heeft, verbonden om aan dat beding gevolg te geven, of anders aan het beding te voldoen, dat gene onder zoodanige voorwaarde voor zich zelven heeft gemaakt, of afstand en teruggave te doen van de onder die voorwaarde gedane gift (3).

458. Buiten de genoemde gevallen kan geen beding voor een' derde worden gemaakt. Wel kan men, ook zonder de overeenkomst op de in art. 1353 *a* B. W. aangeduide wijze in te rigten, bedingen, dat de andere partij aan een' derde zal geven of voor dezen doen iets, waartoe wij zelven jegens dezen verpligt zijn, maar hier bestaat geen beding voor een' derde; men heeft hier in zijn eigen belang, voor zich zelven, bedongen, en kan ook zelf de vervulling der daaruit voortgesproten verbindtenis vorderen, wat men in het geval, bij art. 1351 bedoeld, niet kan ten aanzien van het beding, dat voor een' derde is gemaakt. In het zoo even genoemde geval is de derde op zijn meest solutionis gratia adjectus. Daartoe is echter volstrekt noodig, dat men geldelijk belang er bij hebbe, dat het bedongene aan den derde gegeven of voor dezen verrigt worde. De stelling van POTHIER, dat men ook zonder persoonlijk belang iets voor een' ander kan laten doen, omdat men daardoor zijn negotiorum gestor wordt, schijnt onaannemelijk, omdat dan de geheele bepaling van art. 1351 illusoir gemaakt zou worden; men moet aan zijne handeling dan eene

---

(1) Verg. n. 382; POTHIER, n. 56; TOULLIER, VI, n. 138; DURANTON, X, n. 216; MARCADÉ, IV, n. 435. Zie echter OPZOOMER, III, bl. 15 en v. — (2) Volgens OPZOOMER, III, bl. 19 en v., moet hier geen sprake zijn van eene voorwaarde, maar van een' last, modus. Verg. MARCADÉ, IV, n. 434 en v. — (3) Verg. VOORDUIN, V, bl. 54; DE PINTO, II, § 723, bl. 371; 3e uitg. § 777, bl. 466; POTHIER, n. 70 en v.; DURANTON, X, n. 227, 229, 231 en v.; TOULLIER, VI, n. 149, 152; ZACHARIAE, I, § 346, bl. 386.

andere inrigting geven (1). Evenmin kan men aan zoodanig beding kracht bijzetten door zijnerzijds in te staan voor de bekrachtiging van het beding door den derde; hetgeen dienaangaande is gezegd in art. 1352 B. W., komt in art. 1353 niet voor (2).

459. De overeenkomst werkt ook in het geval van art. 1353 *a* B. W. alleen tusschen de handelende partijen. De derde, te wiens behoeve iets bedongen is, kan daarop geene vordering gronden. Hiertoe zou eene verbindtenis tusschen hem zelven en dengene, van wien bedongen is, moeten bestaan, die echter in het bedoeld geval noch uit de wet voortvloeit, noch uit eene overeenkomst, welke hij niet heeft aangegaan. Het tegendeel is dan ook de strekking niet van art. 1353, hetwelk alleen in dien zin zoodanige overeenkomst bestaanbaar verklaart, dat hij, die voor een' derde bedingt, in geval van niet-voldoening hieraan kan vorderen, hetgeen hij voor dat geval voor zich zelven bedongen heeft, of wel de vernietiging der gift (3).

460. De derde ontleent aan dat beding op zich zelf in het geheel geen regt, omdat het hem met geene der partijen in dadelijke betrekking stelt. Deze kunnen dan ook het beding vernietigen, zonder dat hij daarover behoeft te worden gehoord, of iets daartegen vermag. Dit houdt eerst op, wanneer de derde verklaard heeft, van het beding gebruik te willen maken (4). Daardoor ontstaat er eene regtsbetrekking, eene verbindtenis tusschen den derde en hem, die het beding gemaakt heeft (5); daarom zegt art. 1353 *b* B. W., dat deze nu het beding niet meer herroepen kan. De zin dier woorden is niet, dat hij vroeger het beding herroepen kon zonder medewerking van hem, van wien hij heeft bedongen (6); de overeenkomst, die hij met dezen heeft aangegaan, kan slechts met beider wil, niet door den zijnen alleen, vernietigd worden. Maar de aanneming van het beding door den derde belet regtstreeks slechts hem, die het beding maakte, hoezeer middellijk ook de ander daardoor wordt belet, omdat deze evenmin alleen de overeenkomst kan veranderen.

461. Dit is dan ook het eenige onmiddellijke gevolg dier aanneming. Ook door deze bekomt, mijns inziens, de derde geene vorde-

---

(1) Verg. POTHIER, n. 58 en v.; DURANTON, X, n. 229 en v.; TOULLIER, VI, n. 153. — (2) Verg. DURANTON, X, n. 237. — (3) Verg. DURANTON, X, n. 227. Zie echter TOULLIER, VI, n. 150; SPANGENBERG, § 694, n. 3, III, bl. 9. — (4) DURANTON, X, n. 241—243; TOULLIER, VI, n. 151. — (5) DE PINTO, II, 723, 2, bl. 371 en v.; 3e uitg. § 777, 2, bl. 466; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1353 B. W. Verg. POTHIER, n. 73. — (6) Zoo DURANTON, X, n. 244, 247 en v.; ZACHARIAE, I, p. 386, § 346 in fine. De vraag, of hij, die het beding gemaakt heeft, na zoodanige herroeping zijnerzijds, het bedongene in zijn voordeel kan aanwenden, die DURANTON, n. 245, in het algemeen toestemmend beantwoordt, komt dus naar mijne meening niet te pas.

ring tegen hem, van wien bedongen is; want eene aanneming, die hem slechts in verbindtenis stelt met hem, die het beding maakte, kan geene verbindtenis te weeg brengen tusschen hem en een' ander (1). Maar deze kan nu aan hem het bedongene voldoen, om vrij te zijn van het anders voor den ander gemaakt beding, of de door dezen gedane gift te behouden, zonder dat in deze regtsbetrekking meer zonder zijne toestemming verandering kan worden gemaakt.

462. De wet vordert slechts eene verklaring van den derde, dat hij van het beding gebruik wil maken. Het geldt hier geen schenking, en de daarvoor noodige vormen zijn hier dus ook niet vereischt. Die verklaring kan dus bij onderhandsche akte, bij een' brief, ook stilzwijgend en door daden worden afgelegd, en het komt er alleen op aan, dat de derde later zal kunnen bewijzen, dat en wanneer hij zijn' wil verklaard heeft (2). De dood van hem, die bedongen heeft, belet ook niet, dat de derde later zijn' wil kan verklaren, zoo maar de erfgenamen van genen met de andere partij geene andere overeenkomst hebben gesloten; en de dood van den derde brengt de zaken evenmin in een anderen staat, daar zijne regten op zijne erfgenamen overgaan (3).

463. Ten slotte zij nog aangemerkt, dat overeenkomsten, werkelijk in strijd met art. 1351 B. W. aangegaan, in het algemeen niet in dien zin nietig zijn, dat er eene vordering tot hare nietig-verklaring kan worden ingesteld. Zij zijn onbestaanbaar, en hebben dus, ook waar zij facto blijven bestaan, geenerlei gevolg in regten, omdat niemand daarop eenige vordering gronden kan (4).

§ 4.

Van de bekwaamheid om overeenkomsten aan te gaan.

464. Onder de wezenlijke vereischten komt in de eerste plaats in aanmerking de bekwaamheid van partijen, om overeenkomsten, of wel, gelijk art. 1356, 2° B. W. zegt, om eene verbindtenis aan te gaan. De wet bedoelt hier ook eene verbindtenis door overeenkomst; maar bezigt het eerstgenoemde woord, eensdeels om niet de bekwaamheid tot het maken van overeenkomsten voor de bestaanbaarheid van overeenkomsten te vorderen; anderendeels omdat het juist van de bekwaamheid om zich te verbinden afhangt, of men met dit gevolg eene overeenkomst zal kunnen aangaan of niet.

---

(1) Zie echter OPZOOMER, III, bl. 22 en v. — (2) Verg. DURANTON, X, n. 240; ZACHARIAE, I, § 346, bl. 386 en v., n. 11; MARCADÉ, IV, n. 437. — (3) Verg. DURANTON, X, n. 248 en v. Zie echter MARCADÉ, IV, n. 436. — (4) DE PINTO, II, § 721, bl. 371; 3e uitg. § 775, bl. 466.

465. Bekwaamheid is de algemeene regel, onbekwaamheid de uitzondering. Volgens art. 1365 B. W. toch is een ieder bevoegd om verbindtenissen aan te gaan, indien hij daartoe door de wet niet onbekwaam is verklaard. Wij vinden ook hier weer het woord »verbindtenissen" gebezigd met de zoo even aangeduide bedoeling. Men kenne dan ook aan art. 1365 geene meer uitgebreide strekking toe, alsof het ook toepasselijk zijn zou bij den volgenden titel (1). Vooreerst zou het dan niet hier, waar bepaaldelijk gehandeld wordt van verbindtenissen, die uit overeenkomst geboren worden, maar in den vorigen, meer algemeenen titel zijne plaats hebben moeten vinden; ten andere is er geene wet, waardoor iemand belet wordt verbonden te zijn tot schadevergoeding wegens eene onregtmatige daad. — Art. 1366 B. W. geeft op, wie onbekwaam zijn om overeenkomsten te treffen, omdat zij zich daardoor niet kunnen verbinden.

466. Art. 1366 B. W. noemt vooreerst minderjarigen, zonder ten aanzien van deze, even als het Romeinsche regt, naar den verschillenden leeftijd der minderjarigen te onderscheiden (2). Allen zijn zij onbekwaam, voor zoo ver die onbekwaamheid niet door handligting is opgeheven, iets, waarvan de wet hier wel melding had kunnen maken, gelijk zij doet in art. 1482 *b* B. W., maar hetwelk ook zonder die vermelding niet twijfelachtig is. Na volkomene handligting zijn zij geen minderjarigen meer.

467. Ten tweede zijn onbekwaam, die onder curatele gesteld zijn. De oorzaak der curatele maakt daarin geen onderscheid, en wat den omvang der onbekwaamheid betreft, is het voldoende te verwijzen naar het vroeger gezegde (3).

468. In de derde plaats noemt art. 1366 »getrouwde vrouwen in de gevallen bij de wet voorzien." Wat deze laatste woorden betreft, zij zijn overgenomen uit art. 1124 C. N.; misschien ware het echter beter en meer overeenkomstig de bedoeling, te zeggen: volgens de bepalingen der wet, of: *behalve* in de gevallen bij de wet voorzien. De uitdrukking van art. 1482 *b* B. W.: »voor zoo ver de verbindtenissen hare bevoegdheid te boven gaan", stelt ook de uitzondering te veel als regel voor. De onbekwaamheid der getrouwde vrouwen toch is algemeen, en lijdt slechts uitzondering ten aanzien van hetgeen de gewone en dagelijksche uitgaven der huishouding betreft, en ten aanzien der vrouw, die openbare koopvrouw is (4). Overigens spreekt het van zelf, dat hier bedoeld is de onbekwaamheid der vrouwen op zich zelve, zonder den bijstand of de magtiging, die haar bekwaam maakt.

(1) Zoo VERNEDE, op art. 1365 B. W. Verg. POTHIER, n. 128. — (2) Verg. TOULLIER, VI, n. 98—105. — (3) Zie II, n. 1086 en v. Verg. TOULLIER, VI, n. 108. — (4) Verg. I, n. 701 en v.

469. Eindelijk noemt art. 1366 B. W. onbekwaam »alle degenen, aan wie de wet het aangaan van zekere overeenkomsten verboden heeft." Hier is dus geen sprake van eene algemeene bekwaamheid of onbekwaamheid; maar tot elke bepaalde overeenkomst is ook noodig, dat men ook tot deze bekwaam zij. Zoo mag, volgens art. 457 *a* B. W., de voogd geen onroerend goed van den minderjarige koopen anders dan bij openbare veiling. Zoo behelzen art. 1503—1506 B. W. verdere beperkingen der bekwaamheid om te koopen (1). De bepalingen, strekkende om te voorkomen, dat iemand zich eene magt aanmatigt, die hij niet bezit, gelijk b. v. art. 333 W. v. K., waar gezegd wordt, dat de boekhouder zonder uitdrukkelijken last van al de medereeders onbevoegd is om het schip te doen verzekeren, komen hier niet in aanmerking; gelijk ook niet die, waardoor, afgezien van de bekwaamheid der partijen, eenige overeenkomst zelve geheel wordt verboden, gelijk, blijkens art. 204 B. W., het geval is met de zoodanige, waarbij, na het sluiten des huwelijks, de huwelijksche voorwaarden zouden veranderd worden.

470. Alle overigen zijn dus bekwaam om overeenkomsten aan te gaan, en dit geldt niet alleen van enkele personen (2), maar ook van gemeenschappen en zedelijke ligchamen. Het geldt voorts tevens van voogden en anderen, die voor de belangen van anderen te zorgen hebben, voor zoo ver zij zich binnen den bij de wet bepaalden kring hunner bevoegdheid houden.

471. Die bekwaamheid is een wezenlijk vereischte tot de bestaanbaarheid der overeenkomst, en zij moet aanwezig zijn op het oogenblik, waarop deze wordt gesloten. Wanneer dus beide partijen haren wil niet op hetzelfde tijdstip te kennen geven, moet hij, die dit vroeger deed, ook nog bekwaam zijn op het oogenblik, waarop de ander het doet (3). Anders is de verbindtenis van regtswege nietig, overeenkomstig art. 1482 B. W., hetwelk wij te zijner plaatse nader zullen beschouwen. Hier merken wij alleen nog aan, dat de wet algemeen spreekt en niet onderscheidt, of de overeenkomst ten nadeele van den onbekwame strekt of niet. Dit moge zijne eigene keuze bepalen om al of niet de nietig-verklaring te vorderen, voor zijne bevoegdheid daartoe is het onverschillig.

472. Eene overeenkomst, aangegaan tusschen personen, waarvan de een onbekwaam is, is echter, gelijk ook art. 1482 dit aanwijst,

---

(1) Verg. SCHÜLLER, op art. 1365 en v.; VERNEDE, op art. 1366 B. W.; v. HENGELAAR, bl. 44—47. — Zie ten aanzien van makelaars art. 65 *b* W. v. K. — (2) Ook van gefailleerden. Verg. Rotterdam 1 April 1857, *N. R. B.*, VII, bl. 467 en v.; Amsterdam 28 Nov. 1855, *N. R. B*, VI, bl. 70 en v. — (3) Verg. ZACHARIAE, I, § 343, bl. 381, n. 3. Voorts hierboven n. 425.

niet onbepaald nietig. »De personen, die bekwaam zijn om zich te verbinden, kunnen zich geenszins beroepen op de onbekwaamheid der minderjarigen, onder curatele gestelden, en getrouwde vrouwen, met welke zij gehandeld hebben"; art. 1367 *b* B. W. (1). Wij vinden dit toegepast in art. 171 B. W. ten aanzien der getrouwde vrouw; eveneens in art. 1738 *b* B. W., volgens hetwelk hij, die, bekwaam zijnde om verbindtenissen aan te gaan, iets in bewaring aanneemt van een daartoe onbekwamen persoon, aan al de verpligtingen van een wezenlijken bewaarnemer onderworpen is. Art. 1835 B. W. beperkt daarom ook alleen de regten van den lastgever, die eene getrouwde vrouw of eenen minderjarige gemagtigd heeft, niet zijne verpligtingen. Hoezeer eigenlijk ook zij niet verbonden zouden zijn door eene overeenkomst, tot wier bestaanbaarheid de bekwaamheid der andere partij noodig was, heeft echter de wetgever hen verbonden willen doen zijn door eene handeling, waarbij zij zich hebben willen verbinden, en die althans door den overeenstemmenden wil der tegenpartij den vorm eener overeenkomst heeft aangenomen.

473. Maar de onbekwaam verklaarde personen kunnen, op grond hunner onbekwaamheid (mitsdien, zegt art. 1367 *a* B. W.), tegen hunne verbindtenissen opkomen, hare nietig-verklaring vorderen en dus de facto door hen aangegane overeenkomsten bestrijden, „in alle gevallen, waarin dat vermogen niet bij de wet is uitgesloten." Art. 1392 Wetb. van 1830 zeide, in navolging van art. 1325 C. N., dat zij het *niet* kunnen, *dan alleen* in de gevallen in de wet voorzien. Dit is later anders uitgedrukt, omdat men begreep, dat, hoezeer de zaak eigenlijk op hetzelfde nederkomt, de bepaling toch meer met art. 1366 in overeenstemming zou zijn, wanneer men aan de onbekwame personen in den regel het hulpmiddel toekende, en de gevallen, waarin dit niet is toegelaten, als uitzonderingen voorstelde (2), iets, dat naar den C. N. geheel anders werd voorgesteld (3).

474. Die uitsluiting bij de wet kan het gevolg zijn niet alleen van eene uitdrukkelijke bepaling, die eene werkelijke uitsluiting behelst, gelijk art. 1483 *b* B. W., volgens hetwelk de minderjarigheid niet kan worden ingeroepen tegen verbindtenissen door minderjarigen, bij huwelijksche voorwaarden, met inachtneming van art. 206 B. W. aangegaan, of van eene beperking, gelijk art. 1490 B. W. behelst ten aanzien van den tijd, gedurende welken eene vordering tot nietig-verklaring openstaat, maar ook van zoodanige bepalingen, waarbij anders onbekwaam verklaarde personen, voor bepaalde zaken bekwaam worden verklaard; gelijk in art. 164 B. W. geschiedt

(1) Verg. DURANTON, X, n. 268, 278; SCHÜLLER, op art. 1367 B. W. — (2) VOORDUIN, V, bl. 58 en v.; ASSER, § 702; V. HENGELAAR, bl. 47 en v. — (3) DURANTON, X, n. 269.

ten aanzien der vrouw, wat betreft de gewone en dagelijksche uitgaven der huishouding, en in art. 168 ten aanzien der openbare koopvrouw.

475. Het regt om nietig-verklaring te vragen houdt voorts, blijkens art. 1492 B. W., ook op, indien de minderjarige, de onder curatele gestelde of de getrouwde vrouw, na de opheffing hunner onbekwaamheid, de verbindtenis uitdrukkelijk of stilzwijgend hebben bekrachtigd. Overigens bestaat het niet alleen voor den onbekwame persoonlijk, maar ook voor zijne erfgenamen, die in zijne regten treden en hem vertegenwoordigen, en waar eene getrouwde vrouw gehandeld heeft, volgens art. 171 B. W., ook voor haren man.

476. Art. 1367 *a* B. W. spreekt algemeen van de bij het vorige artikel onbekwaam verklaarde personen, en omvat dus ook hen, aan wie de wet het aangaan van zekere overeenkomsten verboden heeft. Het tweede lid spreekt van dezen niet, en is dus met het eerste niet in volkomene overeenstemming (1). SCHÜLLER en VERNEDE zijn daarom, op grond van den regel: inclusio unius est exclusio alterius, van meening, dat ook zij, die met hen, aan wie de wet het aangaan van zekere overeenkomsten verboden heeft, gehandeld hebben, zich op de onbestaanbaarheid dier overeenkomsten kunnen beroepen. Dit komt mij niet twijfelachtig voor (2). Ten aanzien van hen, aan wie de wet het aangaan van zekere overeenkomsten verboden heeft, zou hetzelfde moeten worden aangenomen, wanneer zij in de bepaling van art. 1367 *a* B. W. niet waren begrepen, — gelijk zij dit in art. 1125 C. N. en in art. 1392 Wetb. van 1830, waar minderjarigen, personen, die onder curatele gesteld zijn, en getrouwde vrouwen eveneens met name werden genoemd, dan ook niet waren —; maar nu kan de omstandigheid, dat zij daarin wel begrepen zijn, in hun verderen regtstoestand geene wijziging aanbrengen. Hunne bevoegdheid, om nietig-verklaring te vorderen, is dan ook in art. 1490 B. W. aan geen' termijn verbonden, en art. 1492 B. W. noemt hen zelfs niet onder diegenen, wier uitdrukkelijke of stilzwijgende bekrachtiging de regtsvordering tot nietig-verklaring doet vervallen. En dit moet niet beschouwd worden als een verzuim; waar toch de wet zelve iemand het aangaan van bepaalde overeenkomsten verbiedt, kan dit verbod niet door zijnen wil worden opgeheven; de overeenkomst zelve is verboden, niet zoo zeer in het belang van hem, wien het verbod geldt, als wel in het algemeen belang. In art. 1504—1506 B. W. wordt dan ook de verbodene handeling met nietigheid bedreigd.

477. Ten slotte zij nog aangemerkt, dat, hoezeer de regtsvorde-

---

(1) LIPMAN, bl. 402; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1367 B. W. — (2) Verg. ons opstel in *Opm. en Med.*, VI, bl. 263—267, tegen mr. M. TYDEMAN, *Proeve van onderzoek omtrent het wezen der overeenkomst van verzekering* enz. (Tiel 1850), n. 12, bl. 12.

ring tot nietig-verklaring op grond van minderjarigheid vervalt na verloop van vijf jaren na de meerderjarigwording, en hoezeer zij, die met den minderjarige gehandeld hebben, daartegen in het geheel niet kunnen opkomen, dit echter geene kracht kan geven aan zoodanige schijnbare overeenkomsten, die iemand mogt hebben aangegaan met eenen minderjarige van dien leeftijd, waarin hij nog geenerlei toestemming zou kunnen geven, met eenen infans, gelijk de Romeinen hem noemen, die later ook geene nietig-verklaring vorderen kon, omdat hij geene herinnering van het gebeurde kon behouden. Hier toch zou, behalve de bekwaamheid, ook de toestemming ontbreken, en de bedoeling om zich te verbinden, die wij als een vereischte tot eene overeenkomst in den zin der wet hebben aangenomen.

§ 5.

Van de toestemming.

478. Een tweede wezenlijk vereischte tot de bestaanbaarheid der overeenkomsten is de toestemming der partijen, zonder welke geen overeenstemmende wil, en mitsdien geene overeenkomst, denkbaar is. Onze wetgever heeft dan ook in art. 1356, 1° B. W. de toestemming gevorderd van degenen, die zich verbinden, welk woord hier verstaan moet worden in de ruimere beteekenis van eene verbindtenis aangaan (1), terwijl art. 1108 C. N., in het Ontwerp van 21 October 1824 ook bij ons gevolgd, slechts vorderde le consentement de la partie qui s'oblige, ofschoon het ook hier niet betwijfeld werd, dat ook hij, in wiens voordeel de overeenkomst strekte, moest toestemmen, omdat het wezen der overeenkomst zulks genoeg medebrengt (2). Men zou geneigd zijn, uit de beraadslagingen af te leiden, dat die verandering daarom werd gemaakt, omdat bij eene overeenkomst niet slechts één, maar ook meer personen zich jegens een of meer andere kunnen verbinden; de gebezigde uitdrukking geeft ook aanleiding tot dit vermoeden, en zoowel juister als eenvoudiger ware zeker de uitdrukking geweest, wanneer gevorderd was de toestemming der partijen. Wij hebben reeds gezien, dat die toestemming op verschillende wijzen, en ook tusschen verwijderde personen, kan gegeven worden.

479. Waar geene toestemming, geen overeenstemmende wil van partijen bestaat, bestaat ook geene overeenkomst. Wanneer een ander

---

(1) Zie hierboven n. 6 en v. Verg. v. HENGELAAR, bl. 24 en v. — (2) VOORDUIN, V, bl. 55; ASSER, § 701; DE PINTO, II, § 725, 1, bl. 372; 3e uitg. § 779, 1, bl. 467. Zie echter OPZOOMER, III, bl. 3, n. 1. Verg. DURANTON, X, n. 95, 101; MARCADÉ, IV, n. 394; v. HENGELA bl. 24.

zonder bevoegdheid daartoe voor ons toestemt, of iemand eene akte tegen ons aanvoert, waartoe wij niet hebben medegewerkt, noch iemand van onzentwege, zoo is geene nietig-verklaring daarvan noodig, en veel minder nog de verdediging tot een vasten termijn beperkt. Anders is het, waar op zich zelf toestemming is gegeven, maar deze aan zoodanig gebrek lijdt, dat zij in het oog der wet als geene toestemming beschouwd kan worden. Hier is de overeenkomst niet volstrekt nietig, en wordt zij niet als eene bestaande beschouwd, maar moet hare nietig-verklaring in regten worden gevorderd, omdat in regten beslist moet worden, of werkelijk de toestemming aan zoodanig gebrek lijdt, dan of zij voldoende is. En dan is er ter vermindering der onzekerheid een termijn, binnen welken die nietig-verklaring gevorderd moet worden, vastgesteld in art. 1485 en 1490 B. W. (1).

480. Art. 1357 B. W. zegt, dat geene toestemming van waarde is, indien zij door dwaling is gegeven, door geweld afgeperst of door bedrog verkregen. In deze gevallen bestaat er toestemming van iemand, die wist, waarin hij toestemde, maar zij lijdt evenwel aan een gebrek, waarom de wetgever haar niet heeft willen handhaven; zij is niet van waarde (2). De bepaalde opnoeming van deze gebreken, die ook elders, in art. 1485, 1488, 1490 en 1492 B. W., eveneens worden genoemd, doet mij denken, dat zij in zoo ver limitatief is, dat geene andere van gelijken aard hetzelfde gevolg in regten kunnen hebben. Bepaaldelijk geldt dit van de vrees, op zich zelve en zonder dat zij een gevolg is van dwang of geweld; wij zullen hierop nader terugkomen.

481. In het algemeen kan men echter de genoemde gebreken niet als de eenige beschouwen, die eene toestemming nietig kunnen maken. Tot deze is toch wel in de eerste plaats noodig, dat hij, die haar geeft, bekwaam is om toe te stemmen (3). Hierom hebben wij reeds aangemerkt, dat een klein kind niet geldig toestemmen kan; vaste regelen daaromtrent te geven, zal wel ondoenlijk zijn, en de beslissing naar de omstandigheden aan den regter moeten worden overgelaten. Om dezelfde reden bepaalt art. 501 B. W., dat alle

---

(1) DURANTON, X, n. 104; ZACHARIAE, I, § 343, bl. 382. Verg. MARCADÉ, IV, n. 403 en v. — (2) ZACHARIAE, I, § 343, bl. 382, n. 4, merkt aan, dat de gelijkstelling van dwaling met geweld en bedrog eigenlijk niet juist is, omdat zij niet als deze de toestemming gebrekkig maakt, maar geheel uitsluit. Dit schijnt onaannemelijk; de dwaling belet niet, dat er facto eene toestemming bestaat, maar de toestemming is *niet van waarde.* Daarom zegt ook ULPIANUS, in l. 116 D. *de regulis juris*, niet: non consentiunt qui errant, maar: non *videntur* qui errant consentire. Verg. vooral v. SAVIGNY, III, bl. 111 en v. — (3) ZACHARIAE, I, § 343, bl. 381 en v.

handelingen, welke plaats gehad hebben vóór het verleenen der curatele, op grond van onnoozelheid, krankzinnigheid of razernij uitgesproken, zullen worden vernietigd, indien de oorzaak der curatele blijkbaar bestond op het tijdstip, waarop die handelingen verrigt zijn. Het is van belang, dit op te merken, omdat hier de overeenkomst niet of althans niet alleen onbestaanbaar is wegens de onbekwaamheid van eene der partijen om zich te verbinden, maar ook wegens het ontbreken der toestemming.

482. Hetzelfde mag worden aangenomen, wanneer de toestemming gegeven is in zoodanigen staat van dronkenschap, waarin de mensch het gebruik der rede mist en niet meer kan oordeelen en besluiten, maar met een' zinnelooze gelijk staat (1). Niet elke dronkenschap bereikt die hoogte, en het spreekt van zelf, dat de toestemming gelden moet, zoolang de beschonkene nog kon toestemmen; de beslissing hangt ook hier geheel van de omstandigheden af. Maar waar de dronkenschap zoodanige hoogte heeft bereikt, dat de werking des verstands geheel is belemmerd, daar moet de toestemming nietig zijn, niet omdat die toestand tot dwaling aanleiding geeft, maar omdat hij de toestemming zelve opheft. En het is daarbij geheel onverschillig, of de dronkenschap veroorzaakt is door hem, met wien de beschonkene handelt, dan of deze zich geheel vrijwillig in dien toestand heeft gebragt; de werking toch blijft er dezelfde om.

483. Volgens art. 1357 B. W. is dan geene toestemming van waarde, indien zij door dwaling is gegeven. De overeenkomst wordt hier als het gevolg der dwaling voorgesteld, en de kracht der gebezigde uitdrukking is dus dezelfde als die van art. 1109 C. N. Si — *n'*a été donné *que* par erreur. Non videntur, qui errant consentire (2). SCHÜLLER beweert, dat beide partijen moeten gedwaald hebben, en dat er anders bedrog bestaat aan de zijde van hem, die niet dwaalt. Dit is slechts dan waar, wanneer hij den ander in de dwaling heeft gebragt of versterkt; maar het is zeer mogelijk, dat de eene partij dwaalt, zonder dat de andere dit weet, en ook dan is de toestemming van gene niet van waarde; de wet toch onderscheidt hier niet. Ik betwijfel daarom ook de juistheid der meening, dat de werking der dwaling kan ophouden, doordien zij de schuld is

---

(1) TOULLIER, VI, n. 112; DURANTON, X, n. 103; SPANGENBERG, III, bl. 9, § 695, n. 4; ZACHARIAE, I, § 343, bl. 382; SACADE, in *Rev. d. rev. de droit*, XIV, bl. 102 en v.; DE PINTO, II, § 726, 3, bl. 374; 3e uitg. § 780, 3, bl. 470; VERNEDE, op art. 1357 B. W.; OPZOOMER, III, bl. 26; PUCHTA, *Vorl.*, I, bl. 99; V. SAVIGNY, III, bl. 86 en v. — Art. 2279 Ontw. v. 1820 bepaalde zulks uitdrukkelijk. — (2) L. 116, § 3, D. *de regulis juris.*

van hem zelven, die gedwaald heeft (1). De bron der dwaling heft deze niet op, en de wet spreekt in het algemeen van dwaling, zonder te onderscheiden, waaruit zij is ontstaan (2).

484. Hoezeer intusschen de algemeenheid der bepaling van art. 1357 zulks zou doen denken, maakt niet elke dwaling de toestemming van onwaarde, ofschoon inderdaad elke dwaling geacht moet worden op de toestemming invloed te hebben gehad; men schijnt gevreesd te hebben, dat zulks anders tot vele geschillen aanleiding zou geven, ten nadeele van de vastheid der verbindtenissen. Behalve hetgeen art. 1358 *b* B. W. zegt ten aanzien eener dwaling omtrent den persoon, maakt, volgens art. 1358 *a*, in het algemeen dwaling geene overeenkomst nietig, dan wanneer zij plaats heeft omtrent de zelfstandigheid der zaak, welke het onderwerp der overeenkomst uitmaakt.

485. Het spreekt van zelf, dat ook eene dwaling omtrent het wezen der overeenkomst zelve deze nietig doet zijn. Waar toch schijnbaar een koopcontract gesloten is over eene zaak, die de eene partij slechts dacht te verhuren, of die de andere meende bij schenking aan te nemen, daar kan geene overeenkomst bestaan, al handelden beide ook over dezelfde zaak; de overeenstemmende wil toch ontbreekt hier geheel (3). Het bewijs dier dwaling kan intusschen wel eens moeijelijk te leveren zijn, en het spreekt van zelf, dat niet elke onjuiste uitdrukking voldoende is om haar aan te nemen. Maar eene dwaling in de beweegreden tot de overeenkomst, de valsche meening waardoor men hiertoe bewogen werd, kan niet als eene oorzaak van nietigheid worden beschouwd. Zij sluit niet alleen geene dwaling in omtrent de zelfstandigheid der zaak, maar ook niet ten aanzien der overeenkomst zelve, en nergens is aan de beweegreden eene beslissende kracht toegekend, zoo niet partijen zelve haar in den vorm eener voorwaarde aan de overeenkomst hadden verbonden (4).

486. Met betrekking tot het onderwerp der overeenkomst spreekt art. 1358 *a* B. W. bepaaldelijk van de zelfstandigheid der zaak (5). Hieruit volgt, dat in het algemeen eene dwaling omtrent de hoe-

---

(1) Zie SPANGENBERG, § 689, n. 5, III, bl. 6; BERGMANN, *Lehrbuch*, § 247, bl. 385, n. 3. — (2) V. SAVIGNY, III, bl. 111 en v., stelt onkunde met dwaling gelijk. — (3) POTHIER, n. 17; DURANTON, X, n. 118; ZACHARIAE, I, § 343, bl. 382 MARCADÉ, IV., n. 406; V. HENGELAAR, bl. 26 en v.; V. SAVIGNY, III, bl. 263 en v. 269; PUCHTA, *Vorl.*, I, bl. 139; OPZOOMER, III, bl. 33. — (4) Verg. POTHIER, n. 20; DURANTON, X, n. 110; MARCADÉ, t. a. p. Anders TOULLIER, VI, n. 37 en v., die echter de beweegreden met de oorzaak schijnt te verwarren. Verg. ZACHARIAE, I, § 343, bl. 382, n. 6. — (5) Verg. V. SAVIGNY, III, bl. 272 en v.

danigheid der zaak de overeenkomst niet nietig maakt (1). Hetzelfde geldt ten aanzien eener dwaling omtrent den naam van het voorwerp, wanneer men omtrent het voorwerp zelf zeker is; gelijk ook wanneer men slechts heeft gedwaald, omtrent de waarde der zaak (2). Wat de hoedanigheid der zaak betreft zoo heeft men wel eens eene uitzondering gemaakt ten aanzien van verborgene gebreken (3). Deze uitzondering komt mij echter voor in tegenspraak te zijn met de stellige bepaling van art. 1358 *a* B. W. Ook geloof ik, dat in het algemeen het bestaan van verborgene gebreken niet beschouwd kan worden als eene dwaling, die aanleiding geeft tot vernietiging der overeenkomst. Hetgeen art. 1540, 1542 en 1543 B. W. dienaangaande bepalen, behelst eene bijzondere regeling ten aanzien van koop en verkoop, die niet op alle overeenkomsten kan worden toegepast, en die bepalingen zelve wijzen genoegzaam aan, dat het bestaan dier gebreken de overeenkomst zelve niet krachteloos maakt.

487. Ik zeide, dat dwaling omtrent de hoedanigheid der zaak *in het algemeen* de overeenkomst niet nietig maakt. Dit geldt van die hoedanigheden, die niet geacht kunnen worden tot de zelfstandigheid der zaak te behooren. Het is echter algemeen erkend, dat eene overeenkomst ook nietig kan zijn ten gevolge eener dwaling omtrent eigenschappen der zaak, die op zich zelve slechts eene hoedanigheid der zaak uitmaken; en het is dus van belang, dat in elk geval worde uitgemaakt, in hoe ver de dwaling geacht moet worden de zelfstandigheid of slechts eene bijkomende hoedanigheid der zaak te betreffen. Hoezeer dit zijne moeijelijkheid heeft, acht ik toch het stellen van een bepaald beginsel in dezen niet onmogelijk. Het komt mij voor, dat de beslissing der vraag niet moet afhangen van eene beschouwing der zaak en harer eigenschappen op zich zelve, maar vooral van de overeenkomst en de wijze, waarop de zaak daarbij is aangeduid. De daarbij aangewezen eigenschappen der zaak mogen op zich zelve hare hoedanigheid betreffen, zij maken juist door die aanwijzing mede de zelfstandigheid uit der zaak, zoo als zij het onderwerp der overeenkomst uitmaakt. Zijn die eigenschappen anders, dan is ook de zaak zelve, van eene andere soort dan men bedoelde. Een paar voorbeelden mogen dit ophelderen. Wanneer ik een bepaald paar kandelaren, zonder verdere bepaling, heb gekocht, meenende dat ze van zilver waren, maar daarin dwalende, zoo is de overeenkomst evenwel geldig, want mijne dwaling betreft slechts eene hoedanigheid

---

(1) Verg. POTHIER, n. 18; TOULLIER, VI, n. 55—57; DURANTON, X, n. 113 en v., 116; DE PINTO, II, § 726, 1, bl. 372 en v.; 3e uitg. § 780, 1, bl. 468; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1358 B. W. — (2) DURANTON, X, n. 115, 117. — (3) Verg. TOULLIER, V, n. 56; DURANTON, X, n. 116.

der zaak, niet hare zelfstandigheid, omdat het werkelijk kandelaren en zelfs de bedoelde zijn, die ik gekocht heb. Heb ik een bepaald paar *zilveren* kandelaren gekocht, zoo is eene dwaling omtrent den vorm, de oud- of nieuwheid enz. weder eene dwaling omtrent de hoedanigheden der zaak, maar zoo ze niet van zilver waren, is er gedwaald omtrent de zelfstandigheid der zaak, omdat ik niet slechts een paar kandelaren, maar een paar zilveren meende te koopen, en ze als zoodanig tot een onderwerp der overeenkomst stelde (1). Er moet ook zoo altijd veel aan den regter worden overgelaten bij de beoordeeling, of er voldoende dwaling bestaat of niet, doch de aangeduide regel geeft hem daarbij een vasten en voldoenden grond (2).

488. Dwaling is, volgens art. 1358 *b* B. W., geene oorzaak van nietigheid, indien zij alleen plaats heeft omtrent den persoon, met wien men voornemens is te handelen, tenzij de overeenkomst voornamelijk uit aanmerking van dezen persoon zij aangegaan (3). Bij vele handelingen heeft men het oog alleen op de daad of zaak, die het onderwerp der overeenkomst uitmaakt, zonder daarbij den persoon in aanmerking te nemen, en dan was er wel geene reden tot vernietiging wegens dwaling omtrent dezen. Zulks is echter niet overal het geval. POTHIER laat de vernietiging toe, zoo dikwijls la consideration de la personne — entre pour quelque chose dans le contrat. In die algemeenheid laat onze wet haar niet toe; het is echter ook niet noodig, dat de overeenkomst *alleen*, het is voldoende, zoo zij *voornamelijk* uit aanmerking van den persoon is aangegaan, hetgeen natuurlijk in meerdere en in mindere mate het geval kan zijn (4). Eene dading wordt uit den aard der zaak uit aanmerking van een' bepaald persoon aangegaan, en het was dus naauwelijks noodig in art. 1896 *a* B. W. te bepalen, dat zij vernietigd kan worden, wanneer er dwaling heeft plaats gehad omtrent den persoon. Hetzelfde heeft in den regel, en bijaldien de omstandigheden het tegendeel niet aanwij-

---

(1) De dwaling van hem, die een oud voor een nieuw rijtuig koopt, veroorzaakt geene nietigheid, Amsterdam 6 Jan. 1840, *R. B.*, V, bl. 753; maar eene overeenkomst, waarbij de kooper, *eene schilderij van den schilder* A. SCHELFHOUT willende koopen, dwaalde in de meening, dat de bezigtigde eene zoodanige was, werd vernietigd, Amsterdam 15 Julij 1845, *R. B.*, VIII, bl. 389 en v.; zie ook bl. 389, n. — (2) Verg. PUCHTA, *Vorl.*, I, bl. 138 en v.; V. SAVIGNY, III, bl. 276 en v. — (3) Volgens art. 5 der Wet v. 15 Junij 1833 (Sb. n. 33) zou tusschen de woorden *nietigheid* en *indien* moeten worden gelezen het woordje *dan*, 'twelk echter in de officiële uitgave niet wordt gevonden. Inderdaad zou dit woordje ook niet alleen het tegendeel te kennen geven van hetgeen de wetgever bedoelde, maar ook den goeden zin, dien de bepaling thans oplevert, verstoren. Verg. VERNEDE, op art. 1358 B. W., B. n. 2. Zie ook VOORDUIN, V, bl. 56. — (4) POTHIER, n. 19; TOULLIER, VI, n. 49. Verg. MALLEVILLE, op art. 1110 C. N., III, bl. 20 en v.; V. SAVIGNY, III, bl. 269 en v.

zen, plaats bij schenking en bij het aangaan eener vennootschap. Eveneens bij aanbesteding van werk, waarbij het bijzonder talent van een' bepaald persoon bepaaldelijk in aanmerking is gekomen; terwijl bij eene gewone aanbesteding van werk, dat geen bijzonder talent vordert, de persoon buiten aanmerking blijft (1).

489. Den regter blijft hierbij altoos de beoordeeling over en hij moet daarbij, mijns bedunkens, in het oog houden, dat volgens den regel dwaling omtrent den persoon de overeenkomst niet nietig maakt, en dat deze dus geldig zijn moet, zoolang het bestaan der uitzondering niet met genoegzame zekerheid kan worden aangenomen. Dwaling omtrent de hoedanigheid van den persoon schijnt in geen geval als zoodanig aanleiding tot vernietiging te kunnen geven, maar zal veelal met gebrek aan oorzaak gepaard gaan (2). Doch onder den persoon zelven moet, mijns bedunkens, niet alleen de physieke persoon verstaan worden, maar alles komt aan op de vraag, of de physieke persoon diegene is, waarvoor partijen hem houden.

490. Wanneer de overeenkomst voornamelijk uit aanmerking van den persoon is aangegaan, kan de overeenkomst vernietigd worden. Dan vervalt daarmede natuurlijk ook de verbindtenis, die uit die overeenkomst zou ontstaan. En ik kan mij daarom niet vereenigen met de leer van POTHIER en TOULLIER, die beweren, dat, zoo de andere partij haar werk reeds heeft voltooid of althans aangevangen, hij, die zich in haren persoon heeft vergist, verpligtis haar schadeloos te stellen (3). POTHIER leidt deze verbindtenis af uit de billijkheid; die echter door de wet niet als bron van verbindtenissen is erkend. Het komt mij voor, dat er geen wettige grond voor de beweerde verpligting kan bestaan, zoo werkelijk de overeenkomst wegens dwaling nietig is.

491. Verschillend wordt er gedacht over de vraag, of ook eene dwaling in het regt de overeenkomst nietig kan doen zijn (4). Voor zoo ver de dwaling het gevolg zou hebben, dat de toestemming van onwaarde is, — en als zoodanig hebben wij daarmede hier eeniglijk te maken, — moet dit punt noodwendig beoordeeld worden naar art. 1357 en v. B. W. En dan is het wel waar, dat art. 1357 algemeen spreekt van toestemming door dwaling gegeven, zonder tusschen eene

---

(1) Verg. hierbij POTHIER, n. 19; TOULLIER, VI, n. 51 en v.; DURANTON, X, n. 119 en v.; MARCADÉ, IV, n. 408; DE PINTO, II, § 726, bl. 373; 3e uitg. § 780, bl. 468. — (2) Verg. hierbij DURANTON, X, n. 126. Zie ook TOULLIER, VI, n. 50. — (3) POTHIER, n. 19; TOULLIER, VI, n. 53. — (4) Zie deze vraag bevestigend beantwoord o. a. door TOULLIER, V, n. 58—75; ontkennend door SPANGENBERG, § 75, n. 1, § 689; DE PINTO, II, § 726, 1, bl. 373 en v.; 3e uitg. § 780, 1, bl. 468 en v.; VERNEDE, op art. 1358 B. W. Verg. DURANTON, X, n. 127 en v.

dwaling in het regt en die omtrent feiten te onderscheiden, maar tevens, als art. 1358 dit even algemeen nader bepaalt, en dat dus geene dwaling de overeenkomst nietig maakt, dan wanneer zij plaats heeft omtrent de zelfstandigheid der zaak, welke het onderwerp der overeenkomst uitmaakt. Dit kan ook het geval zijn met eene dwaling in het regt, b. v. wanneer iemand eene erfdienstbaarheid van *dreef* bedingt, meenende dat daarin het regt, om met een' wagen te rijden, begrepen is, terwijl het dit volgens art. 733 B. W. niet is. Hier is de dwaling in het regt, welke hij, die er zich op beroept, natuurlijk moet bewijzen, tevens eene dwaling omtrent de zelfstandigheid der zaak, die het onderwerp der overeenkomst is, en omgekeerd. Voor zoo ver de dwaling in het regt slechts de beweegreden betreft, kan zij even weinig de overeenkomst nietig maken, als eene dwaling in dezen dit in het algemeen doet. Hetgeen art. 1895 *b* B. W. bepaalt, kan als eene toepassing daarvan beschouwd worden. Overigens kan de dwaling in het regt slechts maken, dat de overeenkomst uit eene valsche oorzaak is aangegaan. Dit kan b. v. het geval zijn, wanneer, hetzij door erfgenamen, hetzij door derden, gehandeld is met iemand, die, zonder erfgenaam te wezen, door hen als zoodanig beschouwd werd ten gevolge eener dwaling in het regt; maar voor zoo ver hebben wij te dezer plaatse daarmede niet te maken.

492. De toestemming is wel aanwezig (1), maar, volgens art. 1357 B. W., evenmin van waarde, indien zij door geweld is afgeperst. Zoodanig geweld levert daarom, volgens art. 1359 B. W., grond op tot nietigheid der overeenkomst, namelijk die een gevolg van dat geweld geweest is en aan hem, die de nietigheid inroept, door dat geweld is afgeperst. Geweld, eerst na het sluiten der overeenkomst tegen eene der partijen gepleegd, kan, hoe algemeen de woorden van art. 1359 ook luiden mogen, natuurlijk hare nietigheid niet ten gevolge hebben (2). En terwijl de wet eene nietig-verklaring der geheele overeenkomst op grond van geweld veronderstelt, zal het tevens wel niet twijfelachtig zijn, dat slechts eene gedeeltelijke vernietiging kan te pas komen, waar zij, ten deele vrijwillig aangegaan, slechts ten deele afgedwongen was.

493. Art. 1359 B. W. spreekt van geweld, gepleegd tegen dengene, die eene verbindtenis heeft aangegaan. Het is echter niet noodig, dat het geweld juist persoonlijk tegen hem gepleegd zij; geweld maakt, volgens art. 1361 B. W., eene overeenkomst nietig, niet alleen wanneer het gepleegd is jegens eene der handelende partijen,

---

(1) Quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; l. 21 § 5 D. *quod metus causa* (IV, 2). Verg. OPZOOMER, III, bl. 27 en v.; MARCADÉ, IV, n. 403 en v. — (2) SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1359 B. W.; MARCADÉ, IV, n. 410.

maar ook jegens hare echtgenoot of bloedverwanten in de opgaande of de nederdalende linie. Ook dan is het dus in den zin van art. 1359 B. W. tegen die partij gepleegd.

494. Het woord echtgenoot omvat natuurlijk zoowel den man der vrouw als de vrouw van den man (1). De wet spreekt voorts bepaaldelijk van bloedverwanten in de opgaande en nederdalende linie, en hare bepaling, die zelve reeds eene uitbreiding is van het gezegde in art. 1359 B. W., veroorlooft geene verdere uitbreiding; zoodat geweld, jegens een' vriend, ja, ook jegens een' broeder of zuster of anderen bloedverwant in de zijdlinie gepleegd, de overeenkomst niet verzwakt, waartoe men zich alleen door dat geweld heeft laten bewegen (2). In zoo ver luidt echter art. 1361 B. W. algemeen, dat het zoowel natuurlijke als wettige ouders en kinderen omvat (3). Maar daar alleen van bloedverwanten wordt gesproken, mag het alweder niet worden toegepast op hen, met wie men door zwagerschap verbonden is (4).

495. Wie het geweld gepleegd heeft, is onverschillig; het levert, anders dan dit met bedrog het geval is, volgens art. 1359 B. W., grond op tot nietigheid der overeenkomst, ook dan wanneer het gepleegd is door een' derde, te wiens behoeve de overeenkomst niet gemaakt is. En de wet spreekt zoo algemeen, dat het ook onverschillig is, of die derde bij het aangaan der overeenkomst eenig belang heeft of niet; of hij het geweld gepleegd heeft om den ander te bevoordeelen of niet (5).

496. Maar het geweld moet gepleegd zijn om tot het aangaan eener overeenkomst te doen besluiten. Hoe algemeen art. 1359 B. W. ook luide, schijnt men het toch in dien zin te moeten beperken. Wanneer dus iemand, wien geweld wordt aangedaan, aan een' derde, dien hij verneemt, eene som gelds belooft, zoo hij hem van dat geweld verlost, is ook wel deze verbindtenis aangegaan door iemand, tegen wien geweld werd gepleegd door een' derde, te wiens behoeve de overeenkomst niet gemaakt is; maar het geweld dwong hem niet tot die verbindtenis. Het aangaan van deze was geene voorwaarde, onder welke hij het geweld zou ontgaan, maar een middel om daaruit te worden gered; een middel, wel om het gepleegde geweld, maar in dien toestand vrijwillig door hem aangewend, hij werd niet gedwongen tot die overeenkomst. Er zou zelfs geen wettige grond bestaan voor vermindering der toegezegde som (6).

---

(1) Voorduin, V, bl. 57. — (2) Anders marcadé, IV, n. 413. — (3) Zachariae, I, § 343, bl. 383, n. 1. — (4) Duranton, X, n. 152. — (5) Verg. pothier, n. 22 en v.; duranton, X, n. 156, 157; dabelow, § 1049, bl. 284; marcadé, IV, n. 410. — (6) Verg. pothier, n. 24, die de vermindering toelaat; toullier, VI, n. 85, die haar ontzegt; malleville, op

497. Het moet voorts een onregtmatig geweld zijn, zal de toestemming van onwaarde zijn. Eene bedreiging met aanwending van den lijfsdwang, ja, ook eene werkelijke aantasting van den persoon, om hem in gijzeling te stellen, maakt de overeenkomst niet gebrekkig, die dan door den schuldenaar tot ontwijking der gijzeling wordt aangegaan. Dit geldt zelfs dan, wanneer hij onder die omstandigheden tot toezeggingen besloten heeft, die hij onder andere omstandigheden waarschijnlijk niet zou hebben gedaan, ten ware de overeenkomst aan eenig ander gebrek mogt lijden. Maar dan moet ook de aantasting van den persoon, of waarin overigens het geweld bestaan mag, wettig zijn naar regt en vorm; anders toch wordt het weder een onregtmatig geweld, dat aanleiding geeft tot vernietiging der overeenkomst, die er het gevolg van is (1).

498. »Geweld heeft plaats," zegt art. 1360 *a* B. W., d. i. er bestaat in het oog der wet geweld, hetwelk aanleiding geeft tot vernietiging der overeenkomst, »wanneer hetzelve van zoodanigen aard is om op een redelijk mensch indruk te maken, en wanneer het hem de vrees kan inboezemen dat hij zijnen persoon óf zijn vermogen aan een aanmerkelijk en dadelijk aanwezend nadeel zoude blootstellen." Alle dwang dus, die van zoodanigen aard is, heeft dat gevolg. Een dadelijk geweld, waardoor men iemands hand eene schuldbekentenis doet onderteekenen, is niet alleen niet noodig, maar valt zelfs niet in deze bepaling der wet, omdat hier de toestemming niet van onwaarde is, maar geheel ontbreekt, en er dus van geene overeenkomst sprake kan zijn, maar alleen van een schijnbaar bewijs daarvan, 'twelk bij het bewijs van het geweld van zelf alle waarde verliest. Maar ook overigens is geene dadelijke mishandeling noodig, gelijk trouwens eene reeds doorgestane mishandeling ook wel geene verbindtenis zal doen aangaan. Dit geschiedt slechts door eene bedreiging, hetzij deze reeds gedeeltelijk tot uitvoering is gekomen, maar ook nog verdere uitvoering vreezen doet, hetzij hare uitvoering nog geheel te wachten is. En het is juist zoodanige bedreiging, waarvan wij in art. 1360 de omschrijving vinden, en die bestaat hetzij in dreigende handelingen, hetzij in woorden (2).

499. De wet zelve omschrijft nader de vereischten van dat ge-

---

art. 1111 C. N., III, bl. 21, die, met vermelding van de leer van POTHIER, de zaak onbeslist laat; MARCADÉ, IV, n. 415, die geene vermindering toelaat, maar in het overmatige van het bedrag soms een bewijs wil laten zien, dat de verbondene uit vrees zijns verstands niet magtig en er dus geene toestemming was.

(1) POTHIER, n. 26; TOULLIER, VI, n. 81—83; DURANTON, X, 143; ZACHARIAE, I, § 343, bl. 382, n. 8. — (2) Verg. DABELOW, § 1049, bl. 285; DURANTON, X, n. 137 en v.; TOULLIER, VI, n. 76; ZACHARIAE, I, § 343, bl. 382, n. 7 en v.; MARCADÉ, IV, n. 411.

weld of van die bedreiging. Het is onverschillig, of men aan eenig nadeel in zijn' persoon, dan wel in zijn vermogen is blootgesteld (1); en uit art. 1361 B. W. volgt, dat het eveneens onverschillig is, of dat nadeel den persoon of het vermogen van hem, die zich verbonden heeft, of wel den persoon of het vermogen van zijn echtgenoot of van een' zijner bloedverwanten in de opgaande of nederdalende linie moest treffen (2). De wet spreekt ook in zoo ver algemeen van den persoon, dat zij niet juist een gevaar voor zijn leven vordert, maar dat een gevaar voor zijne vrijheid of wel van persoonlijke mishandeling dezelfde kracht heeft. Maar tot gevaar voor den persoon of het vermogen moet de bepaling beperkt blijven, zoodat een te duchten nadeel in eer en goeden naam die kracht niet heeft.

500. De wet vordert vrees voor blootstelling aan een dadelijk aanwezend nadeel. De wet vordert dit, en men mag dus dit vereischte niet voorbijzien, noch ook in dien zin opvatten, alsof slechts de vrees dadelijk aanwezig behoeft te zijn, hoezeer voor een verwijderd nadeel (3); wat daarvoor in het algemeen te zeggen zij, zoodanige opvatting laten de woorden der wet niet toe. Of aan de bedreiging van eenig verwijderd gevaar niet wel een gelijk gevolg mogt zijn verbonden, kan ook de vraag niet zijn, waar het de toepassing der wet geldt. Men schijnt echter, zonder hare woorden eenigzins geweld aan te doen, overeenkomstig hare bedoeling te mogen aannemen, dat het nadeel niet juist op het eigen oogenblik te wachten behoeft te zijn, maar dat het genoeg is, zoo het geweld slechts aan een nadeel blootstelt, waartegen men zich niet meer zal kunnen beveiligen, hetgeen men niet meer zal kunnen afwenden. Maar overigens doet het begrip van gepleegd geweld aan een dadelijken dwang denken, die niet bestaat, waar men, voor het tegenwoordige veilig, slechts later eenig gevaar te vreezen heeft. Eene eenvoudige bedreiding van eenig toekomstig nadeel maakt dus eene uit vrees daarvoor aangegane overeenkomst niet nietig (4); deze mag kunnen lijden aan gemis van oorzaak, maar dit is dan een geheel andere grond van nietigheid. Bovendien heeft de Regering zelve bij de beraadslaging genoegzaam verklaard, dat, daar een toekomstig nadeel ligt kan worden voorgekomen, de vrees daarvoor geen grond van vernietiging moest zijn.

501. Voorts moet het nadeel aanmerkelijk zijn. Ook dit ziet zoowel op het nadeel in den persoon als in het vermogen; eene niets beteekenende mishandeling dus, een gering geldelijk verlies

---

(1) DURANTON, X, n. 150. — (2) DURANTON, X, n. 153. — (3) Verg. DURANTON, X, n. 151; ZACHARIAE, I, § 343, bl. 382 en v., n. 9; MARCADÉ, IV, n. 412. — (4) VOORDUIN, V, bl. 567; SCHÖLLER, op art. 1360 B. W

is niet voldoende om de overeenkomst nietig te doen zijn, waardoor men zich daarvan heeft willen bevrijden (1).

502. Het geweld moet eindelijk van zoodanigen aard zijn, dat het op een' redelijk mensch indruk kan maken. Ook hier moest men niet al te gemakkelijk zijn met eene vernietiging, die de zekerheid der regten van partijen benadeelt. Vani timoris justa excusatio non est Terwijl intusschen het Romeinsche regt spreekt van »metus, qui in constantissimum hominem cadere possit" (2), spreekt art. 1360 *a* B. W. slechts van een' redelijk mensch, een mensch dus, die met genoegzame kracht van geest is toegerust om geen gevaar te vreezen, waar het niet werkelijk bestaat. Men moet hierbij echter, mijns bedunkens, nog opmerken, dat deze bijvoeging alleen strekt tot nadere bepaling van den aard van het geweld in het algemeen; maar dat art. 1360 *a* B. W. niet belet, dat eene overeenkomst, aangegaan door iemand, die zwak van vermogens is, uit hoofde van eenig geweld, dat alleen op hem indruk kon maken, ook uit dien hoofde kan vernietigd worden (3).

503. Bij de beoordeeling toch van dit een en ander, en in het algemeen van den aard van het gepleegd geweld, moet men, volgens art. 1460 *b* B. W., acht slaan op den ouderdom, de kunne en den stand der personen. Men schijnt het er gerust voor te mogen houden, dat volgens dit voorschrift op alles gelet moet worden, wat het geweld bij hem, tegen wien het gepleegd werd, van meer of minder gewigt, meer of minder dreigend doet zijn. Wat bepaaldelijk het woord *stand* betreft, men heeft daardoor vertaald het Fransche *condition*, in art. 1112 C. N. en ook in den Franschen tekst van het Ontwerp bij ons gebezigd, omdat de Regering geen doelmatiger uitdrukking had weten te vinden, gelijk zij betuigde op eene vraag, of stand wel hetzelfde beteekent als condition (4). Dit laatste woord is zeker van meer algemeene beteekenis; men kan daartoe ook de ligchamelijke gesteldheid brengen (5). Ofschoon echter hiervan nu niet wordt gesproken, acht ik het niet twijfelachtig, dat ook op die gesteldheid, alsmede op de geestvermogens, in één woord, op den geheelen persoon gelet moet worden.

---

(1) Verg. DURANTON, X, n. 141, 150. — (2) L. 6 D. *quod metus causa* (V; 2); MALLEVILLE, op art. 1112 C. N., III, bl. 22. — (3) Verg. MARCADÉ, n. 411. — Art. 1025 *a* Wetb. Nap. v. Holland spreekt van een geweld van zoodanigen aard, dat het redelijker wijze moet geoordeeld worden op iemand indruk te maken; v. ASSEN, in *Themis*, XII, bl. 148. — (4) VOORDUIN, V, bl. 57. — (5) DABELOW, § 1049, II, bl. 285, vertaalt condition door *Beschaffenheit;* SPANGENBERG, § 690, III, bl. 9, door *körperliche Beschaffenheit;* hij voegt er bij, n. 1, dat ook de Westphaalsche en Badensche vertaling deze uitdrukking bezien, terwijl LASSAULX vertaald door *Stand.*

504. Art 1360 *a* B. W. spreekt van vrees, maar alleen als gevolg van het geweld, en art. 1359 veronderstelt gepleegd geweld. Van zoodanige vrees, welke alleen bij hem, die zich verbond, is opgekomen, maar niet door geweld bij hem is verwekt, speekt de wet niet; en ik meen daaruit te moeten afleiden, dat zij ook niet kan leiden tot vernietiging der overeenkomst (1). De toestemming, uit vrees gegeven, moge niet vrij, niet welgemeend zijn, de wet vordert dit niet. Zij vordert slechts, in art. 1356, 1° B. W., de *toestemming* van degenen die zich verbinden, en deze toestemming, die men, gelijk wij aanmerkten, bij kleine kinderen en bij beschonkenen niet kan aannemen, bestaat daarentegen zeer zeker, al is men er ook door vrees toe bewogen. En de werkelijk bestaande toestemming wordt slechts van onwaarde verklaard wegens dwaling, geweld of bedrog. Men bedenke hierbij, dat men, waar het de vernietiging geldt van iets, 'twelk werkelijk bestaat, hiertoe grond moet hebben in eene stellige uitspraak der wet, terwijl elke uitbreiding buiten de wet willekeurig zou zijn. De vrees, door geen geweld veroorzaakt, is dan ook iets geheel subjectiefs voor hem, die er door vervoerd is, en zou moeijelijk voor bewijs vatbaar zijn; misschien heeft ook dit den wetgever bewogen, haar niet als oorzaak van nietigheid op te noemen.

505. Men leide ook het tegendeel niet af uit art. 1362 B. W.: » de vrees alleen uit eerbied jegens vader, moeder of andere bloedverwanten in de opgaande linie voortkomende, zonder bijkomend geweld, is onvoldoende tot vernietiging der overeenkomst." Men beschouwe dit toch niet als eene uitzondering op de gewone vernietigende kracht der vrees; in dat geval zou er voorzeker geen reden zijn, om aan de zooveel natuurlijker en zooveel heiliger vrees, waarvan hier sprake is, mindere kracht en mindere bescherming toe te kennen. Art. 1362 strekt blijkbaar om te voorkomen, dat zoodanige vrees juist om de bijzondere betrekking tusschen de daar genoemde personen op zich zelve reeds als het uitvloeisel van geweld beschouwd zou worden, en alzoo hetzelfde gevolg hebben als art. 1359 aan het geweld toekent. Vanhier ook de bijvoeging » zonder bijkomend geweld," waaruit volgt, dat ook hier eenig werkelijk geweld noodig is om dat gevolg te veroorzaken.

506. Aan de andere zijde kan echter ook aan de vrees uit eerbied voor vader en moeder eenige kracht worden toegekend. *Alleen* en *zonder bijkomend geweld* heeft zij die vernietigende kracht niet; maar zoo zij geheel niet in aanmerking mogt komen, zouden die woorden overbodig zijn, daar uit art. 1359, bij gebreke van uitzondering daar-

---

(1) Verg. echter DURANTON, X, n. 132 en v., 147, 149; V. HENGELAAR, bl. 29 en v.

omtrent, voldoende volgt, dat ook het geweld, door vader of moeder gepleegd, en van dien aard, dat het in de termen van art. 1360 valt, hetzelfde gevolg moet hebben. Men schijnt daarom te moeten aannemen, dat, zoodra zich bij de vrees uit eerbied slechts eenig werkelijk geweld voegt, als is dit ook van minder gewigt, de vereeniging van dien dubbelen invloed ter vernietiging voldoende is (1).

507. Na het gezegde is het dan ook wel niet twijfelachtig, dat de vrees der vrouw uit eerbied voor den man, of van een' dienstbode uit eerbied voor zijn' meester, even weinig voldoende kan zijn tot vernietiging eener overeenkomst. En daar art. 1362 B. W. hiervan geene melding maakt, geloof ik, dat die eerbied ook aan een overigens niet voldoend geweld die kracht niet kan bijzetten; ofschoon aan den anderen kant de bepaling aan art. 1360 *b* B. W., dat op de kunne en den stand der personen acht zal geslagen worden, wel aanduidt, dat de invloed van het geweld door zoodanigen eerbied kan worden versterkt (2).

508. Eindelijk is, volgens art. 1357 B. W., geene toestemming van waarde, indien zij door bedrog is verkregen; en levert, volgens art. 1364 *a* B. W., bedrog een' grond op tot vernietiging der overeenkomst, wanneer de kunstgrepen, door eene der partijen gebezigd, van dien aard zijn, dat het klaarblijkelijk is, dat de andere partij zonder die kunstgrepen de verbindtenis niet zou hebben aangegaan.

509. In de eerste plaats blijkt reeds uit de in art. 1357 gebezigde uitdrukking, en is het in art. 1361 *a* uitdrukkelijk gezegd, dat het bedrog door de eene partij jegens de andere gepleegd moet zijn, terwijl dit ten aanzien van het geweld onverschillig is. Wanneer het bedrog door een' derde is gepleegd, kan men wel tegen dezen eene vordering hebben tot schadevergoeding, maar uit dien hoofde geen eisch tot vernietiging tegen de andere partij, die te goeder trouw met den zonder zijn weten bedrogene eene overeenkomst heeft aangegaan; tenzij deze door dat bedrog gebragt is in eene dwaling van dien aard, dat zij als zoodanig aanleiding tot vernietiging geeft (3).

510. Maar het bedrog moet dan ook, om geene reden te zijn tot vernietiging der overeenkomst, niet slechts geheel alleen door een' derde zijn gepleegd, maar hij, in wiens voordeel het heeft gewerkt, moet daarvan zelfs onkundig zijn gebleven. Zoo deze medepligtig is aan het bedrog, dan heeft hij het ook zelf gepleegd, al heeft hij hiertoe ook een' derde gebezigd, en de overeenkomst kan dus vernie-

---

(1) DURANTON, X, n. 154; ZACHARIAE, I, § 343, bl. 383, n. 2. Verg. POTHIER, n. 27; TOULLIER, VI, n. 80. Zie echter ook OPZOOMER, III, bl. 34 en v. — (2) DURANTON, X, n. 155 en v. Verg. ZACHARIAE, t. a. p. — (3) Verg POTHIER, n. 32; TOULLIER, VI, n. 93 en v.; DURANTON, X, n. 176; MARCADÉ, IV, n. 417 en v.

tigd worden. En hij, die bij het sluiten der overeenkomst wist, dat er, zonder eenige medepligtigheid van zijne zijde, door een' derde jegens den ander bedrog was gepleegd, maar dezen onder den indruk daarvan liet blijven, zou zich daardoor medepligtig maken, en alzoo de overeenkomst vernietigbaar doen zijn. De ratio legis, dat men geen' eisch tot nietigheid jegens eene onschuldige partij heeft willen toelaten, mist hier hare werking (1). Het verdient voorts nog opmerking, dat het bedrog, door een wettelijken vertegenwoordiger of door een' lasthebber van eene der partijen gepleegd, geacht wordt door deze zelve gepleegd te zijn, en dat, terwijl de eisch tot schadevergoeding slechts kan te pas komen tegen den bedrieger, de vernietiging echter gevorderd kan worden tegen hem, die door genen werd vertegenwoordigd (2).

511. In l. 1 § 2 D. *de dolo malo* wordt bedrog door LABEO bepaald als: »omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita." Art. 1364 *a* B. W., hetwelk juist dat bedrog aanwijst, wat de overeenkomst nietig doet zijn, spreekt van *kunstgrepen*, en men kan naar aanleiding daarvan het bedrog bepalen als de aanwending van kunstgrepen door eene der partijen, om daardoor de andere tot het aangaan eener overeenkomst te bewegen, die zij anders niet zou hebben willen aangaan.

512. En hieruit blijkt dan vooreerst, dat er eenige werkzaamheid noodig is aan den kant van hem, wien men het bedrog verwijt. Het enkel verzwijgen van datgene, wat, zoo het aan den ander bekend geweest ware, dezen tot de overeenkomst ongenegen zou gemaakt hebben, kan geen kunstgreep genoemd worden, en dus ook geen bedrog in den zin der wet. Maar wanneer men gebruik maakt van een door een' derde gepleegd bedrog, dan kan dit niet met een enkel verzwijgen worden gelijk gesteld, maar neemt men deel aan het bedrog; men bouwt er op en onderhoudt het. Veelal zal zoodanige werkzaamheid duidelijk genoeg blijken; zoo daarvan niet blijkt, kan ook geene vernietiging worden uitgesproken (3).

513. Ten anderen moet de andere partij juist door die kunstgrepen bewogen zijn tot het aangaan der verbindtenis. Er wordt dus gevorderd een dolus dans causam contractui. Bedrog op zich zelf, zonder dat het op de andere partij eenigen invloed heeft uitgeoefend, heeft geen gevolg ten aanzien der overeenkomst gehad en kon haar ook niet doen vernietigen (4). Ook een bijkomend bedrog, wel eens dolus incidens genoemd, gepleegd in den loop eener onderhandeling,

(1) Verg. DURANTON, X, n. 177 en v.; ZACHARIAE, I, § 343, bl. 383; MARCADÉ, IV, n. 422. — (2) DURANTON, X, n.186; ZACHARIAE, t. a. p. — (3) Verg. POTHIER, n. 28 en v.; TOULLIER, VI, n. 87 en v.; DURANTON, X, n. 165 en v., 181 en v. — (4) MARCADÉ, IV, n. 418.

en die eene der partijen niet juist heeft geleid tot het aangaan der overeenkomst, maar alleen tot het aannemen van eenig bijkomend beding, of om de overeenkomst liever op deze dan op gene wijze te sluiten, kan wel aanleiding geven tot een' eisch tot schadevergoeding, maar niet tot vernietiging der overeenkomst (1). De beoordeeling, in hoe ver de bedrogene partij alleen ten gevolge der begane kunstgrepen de overeenkomst heeft aangegaan, eene quaestio facti, hangt zeer af van de omstandigheden. De beslissing is echter in dezen den regter gemakkelijk gemaakt door de stellige bepaling, ter voorkoming eener te gemakkelijke vernietiging gemaakt, dat het *klaarblijkelijk* moet zijn, dat de andere partij zonder die kunstgrepen de verbindtenis niet zou hebben aangegaan; zoodat, waar dit niet genoegzaam wordt bewezen, de overeenkomst niet mag worden nietig verklaard (2).

514. Het is echter niet noodig, dat het bedrog juist de zelfstandigheid der zaak betreft; ook waar het tot eenige eigenschap, hoezeer van ondergeschikt belang, betrekking heeft, kan het zoodanig gevolg hebben, doordien men juist door zoodanige eigenschap tot de overeenkomst kan zijn overgehaald. In dat geval kan de overeenkomst uit hoofde van bedrog vernietigd worden, ofschoon zij op grond van dwaling daarvoor niet vatbaar zou zijn. Waar men ten gevolge van bedrog in dwaling verkeerde omtrent de zelfstandigheid der zaak, behoeft men dus slechts de dwaling te bewijzen, zoo men deze gemakkelijker dan het bedrog bewijzen kan. Anders moet het bedrog bewezen worden, en tevens dat het gepleegd is door de andere partij (3).

515. Art. 1364 *b* B. W. bepaalt nog, dat bedrog niet wordt verondersteld, maar moet bewezen worden. Dit geldt evenzeer van dwaling en van geweld, en deze bepaling kan dus overbodig schijnen. Zij stelt echter buiten twijfel, dat, hoe slecht het onderwerp der overeenkomst ook blijkt te zijn, hoe zeer eene der partijen daardoor ook mag benadeeld wezen, hoe eenvoudig en ligt te bedriegen hij zijn moge, hoe sluw en bedriegelijk de ander, toch nimmer bedrog zonder wettig bewijs mag worden aangenomen.

516. Dat bewijs moet natuurlijk geleverd worden door hem, die op grond van bedrog de vernietiging der overeenkomst vordert. Hij kan daartoe gebruik maken van alle wettige bewijsmiddelen. Bepaal-

---

(1) Verg. POTHIER, n. 30; DURANTON, X, n. 181; MARCADÉ, IV, n. 421. Zie ook arr. Utrecht 28 Febr. 1840, en Utrecht 6 Augustus 1840, in *N. R.*, VIII, § 30, bl. 145—154; VERNEDE, op art. 1364 B. W. Verg. echter v. HENGELAAR, bl. 31 en v. — (2) Verg. POTHIER, n. 31; TOULLIER, VI, n. 90 en v.; DURANTON, X, n. 168 en v.; ZACHARIAE, I, § 343, bl. 383, n. 7. — (3) ZACHARIAE, I, § 343, bl. 383, n. 8. Verg. MARCADÉ, IV, n. 409, 418.

delijk sluit het voorschrift, dat bedrog niet verondersteld wordt, het bewijs door vermoedens niet uit, wanneer deze slechts voldoen aan de eischen van art. 1959 B. W. Zelfs wordt daar uitdrukkelijk gezegd, dat zoodanige vermoedens juist in aanmerking komen, bijaldien uit hoofde van kwade trouw of bedrog tegen eene handeling of akte wordt opgekomen, terwijl daarvoor trouwens veelal ook bezwaarlijk een ander bewijsmiddel zal kunnen worden aangevoerd (1).

Eveneens is het bewijs door getuigen toegelaten, onverschillig welke de waarde zij van het onderwerp der overeenkomst. Aan den eenen kant moge, even als in het algemeen, zoo ook hier, het getuigenbewijs zijne gevaarlijke zijde hebben; aan den anderen kant zal veelal geen ander bewijsmiddel met vrucht kunnen worden aangewend, is althans een schriftelijk bewijs in den regel onmogelijk; en in dit geval is dat door getuigen, volgens art. 1940 B. W., van algemeene toepassing (2). Waar niet beweerd wordt, dat de overeenkomst het gevolg is van bedrog, maar dat de akte valsch is, doordien de overeenkomst ten gevolge der kunstgrepen van de andere partij verkeerd is beschreven, daar komen de bepalingen van art. 178 en v. W. v. B. R. te pas, waarbij ook het bewijs door getuigen is toegelaten.

517. Wanneer de toestemming door dwaling is gegeven, door geweld afgeperst af door bedrog verkregen, is zij niet van waarde, maar er bestaat toch eene toestemming. Er bestaat dan ook eene overeenkomst, die slechts nietig is, omdat de toestemming niet van waarde is. Maar dit moet eerst beslist wezen, en de overeenkomst is in geen dier gevallen van regtswege nietig, maar hare vernietiging moet in regten worden gevraagd, hetzij bij wijze van exceptie, hetzij bij wijze van actie, overeenkomstig art. 1485 B. W. (3). Wanneer de overeenkomst nietig verklaard is, worden, volgens art. 1488 en v. B. W., de zaak en de partijen hersteld in den staat, waarin zij zich vóór het aangaan der verbindtenis bevonden, en is hij, tegen wien de egtsvordering is toegewezen, daarenboven tot vergoeding van kosten, schaden en interessen verbonden, indien daartoe gronden zijn. Maar terwijl eene exceptie op dien grond ten allen tijde kan worden voorgesteld, verjaart de regtsvordering, volgens art. 1490 B. W., met vijf jaren, te rekenen van den dag, waarop het geweld heeft opgehouden, of de dwaling of het bedrog is ontdekt.

518. Het ligt dus in den aard der zaak, wat art. 1363 B. W. bepaalt, dat men niet meer tegen eene overeenkomst uit hoofde van geweld kan opkomen, indien na het ophouden van het geweld die

---

(1) Duranton, X, n. 195. — (2) Duranton, X, n. 196; zachariae, I, § 343, bl. 383, n. 4; vernede, op art. 1364 B. W. — (3) Verg. pothier, n. 21; duranton, X, n. 139, 158, 161.

overeenkomst is goedgekeurd, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgende. Daar er toch facto eene overeenkomst aanwezig is, maar deze slechts lijdt aan een gebrek, op grond waarvan zij kan vernietigd worden, moet zij van kracht blijven, wanneer hij, die zich op dat gebrek kan beroepen, hiervan afstand doet en de bestaande overeenkomst daardoor erkent. De wet veronderstelt natuurlijk, dat die goedkeuring niet ook door geweld is afgeperst, maar vrijwillig geschiedde. Hetzelfde geldt dan ook niet alleen in geval van geweld, maar ook in geval van dwaling of bedrog (1).

519. Maar op grond van geweld kan men, volgens art. 1363 B. W., ook niet meer tegen de overeenkomst opkomen, wanneer men den tijd, bij de wet bepaald om in zijn geheel hersteld te worden, heeft laten voorbijgaan. Dit belet dus ook, dat men later eene exceptie daarop gronde, want ook dan komt men tegen de overeenkomst op. De wetgever schijnt de beslissing te dier zake in het algemeen tot een bepaalden tijd te hebben willen beperken. Daar dit echter ten aanzien van dwaling en bedrog niet is bepaald, mag men het daarop ook niet toepassen, maar is de exceptie op die gronden ook na dien tijd vrijgelaten (2). En dit schijnt de reden te zijn, waarom art. 1363 B. W. alleen van geweld spreekt.

§ 6.

Van het onderwerp.

520. Tot de bestaanbaarheid der overeenkomsten wordt voorts, volgens art. 1356 B. W., een bepaald onderwerp gevorderd, waarover zij zijn aangegaan. Eene overeenkomst is eene bron van verbindtenissen, welke strekken om iets te geven, te doen of niet te doen. Maar het ligt in den aard der zaak, dat zij dit niet kan zijn, zonder aan te duiden, wat gegeven, gedaan of niet gedaan moet worden. En dit is het onderwerp der overeenkomst (3). Het ligt dus in den aard der zaak, dat eene overeenkomst, die in het geheel geen bepaald onderwerp heeft, eene overeenkomst b. v. om *iets* te geven, met geene mogelijkheid eene verbindtenis kan doen geboren worden, wier voldoening de eene partij van de andere zou kunnen vorderen; daartoe moet er iets zijn, dat voldaan moet worden. Maar evenzeer is het noodig, dat er een behoorlijk onderwerp zij, d. i. iets, 'twelk volgens de wet het onderwerp eener overeenkomst zijn kan; omdat,

---

(1) POTHIER, n. 21; DURANTON, X, n. 164; TOULLIER, VI, n. 84. — (2) Zie echter DURANTON, X, n. 199. — (3) POTHIER, n. 53; DE PINTO, II, § 729, bl. 375; 3e uitg. § 783, bl. 470. Verg. MARCADÉ, IV, n. 447.

waar dit het geval niet is, de overeenkomst in het oog der wet geen onderwerp heeft (1).

521. Art. 1126 C. N. zegt, dat iedere overeenkomst tot onderwerp (objet) heeft eene zaak, die eene partij zich verbindt te geven, of te doen of niet te dòen. Behalve dat de uitdrukking *zaak* hier minder gepast schijnt, was zoodanige bepaling na die van art. 1270 en 1349 B. W. vrij overbodig. Eveneens is de bepaling van art. 1127 C. N. onzen wetgever te zuiver leerstellig voorgekomen, waarbij bepaald is, dat ook het enkel gebruik of bezit eener zaak even als de zaak zelve een onderwerp van overeenkomst zijn kan (2). Intusschen is dit ook onder onze wet niet twijfelachtig, de overeenkomsten van bruikleen, van huur, die tot vestiging eener erfdienstbaarheid enz. zijn er de bewijzen van. Maar evenzeer kan eene handeling of het nalaten van eenige daad een onderwerp van overeenkomst zijn; en hiervan werd ook in den C. N. niet gesproken, dan voor zoo ver het onder het woord *chose* begrepen was. Onze wet bepaalt nu niet in het algemeen, wat een onderwerp van overeenkomst zijn kan; zij behelst slechts eenige voorschriften omtrent de zaken, die dit kunnen zijn; en hieruit kan genoegzaam worden afgeleid, wat geen onderwerp van overeenkomst wezen kan (3). En waar eene overeenkomst zoo iets tot onderwerp heeft, daar heeft zij natuurlijk in het oog der wet geen onderwerp, en kan uit dien hoofde niet bestaan.

522. In het algemeen kunnen alle zaken het onderwerp eener overeenkomst wezen, mits zij slechts in den handel zijn; dit toch is, blijkens art. 1368 B. W., een volstrekt vereischte, en het ligt ook buitendien in den aard der zaak. Wij hebben vroeger gezien, wat zaken in en buiten den handel zijn (4). Men moet dus ook hier niet aan zoodanige zaken denken, waarvan de handel aan zekere beperkende voorwaarden is onderworpen; de zoodanige zijn niet buiten den handel, en kunnen alzoo het onderwerp eener overeenkomst zijn (5). Maar al is de zaak ten tijde der overeenkomst ook in den handel, zoo vervalt toch de verbindtenis, wanneer zij, voordat daaraan is voldaan, buiten den handel geraakt; art. 1480 B. W. Men moet voorts wel in het oog houden, dat datgene, wat, de zaak, voor zoo ver zij het onderwerp is, in den handel moet zijn, en dat niet alleen eene zaak zelve, maar ook het gebruik der zaak het onderwerp zijn kan. In dit geval behoeft de zaak zelve niet in den handel te zijn, en dus zal b. v. de

---

(1) Verg. POTHIER, n. 129; ZACHARIAE, I, § 344, bl. 383 en v.; V. SAVIGNY, *Obligr.*, I, bl. 386 en v. — (2) VOORDUIN, V, bl. 59; ASSER, § 703. — (3) DE PINTO, t. a. p.; VERNEDE, op art. 1368 B. W. Verg. POTHIER, n. 130; TOULLIER, VI, n. 113; MARCADÉ, IV, n. 448. — (4) III, n. 27 en v. — (5) VERNEDE; zie echter ook SCHÜLLER, op art. 1368 B. W.

verhuring van het genot van het gras, dat op zekere wallen groeit, niet nietig zijn omdat er een behoorlijk onderwerp ontbreekt (1).

523. Het is genoeg, zoo de zaak in den handel is, zij behoeft juist niet het eigendom van eene der partijen te wezen. En zoo al, doordien dit het geval niet is, de voldoening aan de verbindtenis onmogelijk en deze zelve onbestaanbaar kan zijn, kan toch de overeenkomst, ook volgens art. 1507 B. W., grond opleveren tot vergoeding van kosten, schaden en interessen; wat zij niet zou kunnen, zoo zij geacht moest worden geen voldoend onderwerp te hebben en dus geheel onbestaanbaar te zijn (2). En ofschoon eene overeenkomst, waarbij men zich verbindt tot levering van iets, dat aan de andere partij reeds toebehoort, wanneer aan het regt van deze niets meer ontbreekt, niet kan bestaan (3), geloof ik echter, dat dit moet worden toegeschreven aan gebrek van oorzaak, maar dat ook hier een onderwerp aanwezig is.

524. Het is zelfs niet noodig, dat de zaak, die het onderwerp der overeenkomst is, bij het sluiten van deze reeds bestaat; ook »toekomstige zaken kunnen het onderwerp eener overeenkomst uitmaken"; art. 1370 B. W. Dit geldt b. v. van graan, dat het volgende jaar zal groeijen, van het wild, dat men morgen zal vangen, enz. In den regel is zoodanige overeenkomst voorwaardelijk, en hangt zij af van de omstandigheid, of er in dat jaar graan groeit, of op dien dag wild gevangen wordt. Het kan echter ook zijn, dat men geene voorwaardelijke verbindtenis bedoeld, maar eene kansovereenkomst gesloten heeft, waarbij de een zich tot eenige levering of daad verbindt voor de hoop op een verwacht oordeel, en daarbij de onzekerheid van dat voordeel voor zijne rekening neemt. Het eerste is natuurlijk het geval, waar, hetgeen nog niet bestaat, bij het gewigt, het getal of de maat berekend is. Waar eene bepaalde som voor de oogst van het volgende jaar beloofd is, zal men in den regel het laatste kunnen aannemen; intusschen zal de regter ook naar de omstandigheden en de vermoedelijke bedoeling der partijen moeten beslissen (4). Doch in het laatste geval is het eigenlijk geene toekomstige zaak, die het onderwerp der overeenkomst uitmaakt, maar eene kans, die niet eerst geboren behoeft te worden, maar reeds bestaat.

525. Eene Wet van 6 Messidor an III verbiedt den verkoop van

(1) Zoo is het regt om te visschen in eene rivier niet buiten den handel, Nijmegen 30 Dec. 1855, *W.* 1299. — (2) Verg. POTHIER, n. 133; DURANTON, X, n. 308. Zie echter TOULLIER, VI, n. 130 en v.; DE PINTO, II, § 729, bl. 375; 3e uitg. § 783, bl. 471; ZACHARIAE, I, § 344, bl. 384. — (3) POTHIER, n. 134; DURANTON, X, n. 322 en v. — (4) Verg. POTHIER, n. 132; TOULLIER, VI, n. 114; DURANTON, X, n. 299—301; TROPLONG, *De la vente*, n. 204; D. J. WEERTS, *De objecto contractuum* (Leyden 1834), bl. 16 en v.

te velde staand graan en vruchten; maar deze wet is bij ons niet executoir verklaard (1). Bij ons bestaat dan ook zoodanig verbod niet. En ook hier is geen toekomstige zaak het onderwerp der overeenkomst, maar eene werkelijk bestaande, waarvan het genot nog wel van eene onzekere uitkomst afhangt, doch die zoo als zij is, en dus met het gevaar dat aan die onzekerheid verbonden is, aan den kooper wordt overgedragen.

526. » Men kan echter geenen afstand doen van eene erfenis die nog niet opengevallen is, noch over zoodanig eene nalatenschap eenig beding aangaan, zelfs niet met toestemming van dengenen over wiens nalatenschap gehandeld wordt"; art. 1370 *b* B. W. Zoodanige handelingen zijn ten allen tijde ongepast, onbetamelijk en strijdig met de goede zeden geacht, en schadelijk voor eene gewenschte gelijkmatigheid in de regten der erfgenamen (2). Zoodra de erfenis is opengevallen, is niet slechts afstand daarvan, maar ook het aangaan eener overeenkomst daarover geoorloofd; vóór dien tijd, wanneer haar bedrag en zelfs de erfopvolging zelve onzeker is, is het dit niet, en vindt ook, anders dan volgens het Romeinsche regt, in de toestemming van den erflater geen bekrachtiging (3).

527. Deze bepaling belet echter niet, dat aanstaande echtgenooten, bij huwelijksche voorwaarden, elkander hunne geheele of gedeeltelijke nalatenschap kunnen schenken, en dat ook derden bij zoodanige huwelijksche voorwaarden of bij eene afzonderlijke notariële akte, vóór het aangaan des huwelijks en ter zake hiervan verleden, eene gelijke gift kunnen doen, gelijk art. 224 en 234, in verband met art. 231 B. W., veroorloven. Terwijl art. 1130 C. N. dit niet uitdrukkelijk herinnert, heeft onze wetgever het in het slot van art. 1370 *b* uitgedrukt (4).

528. Het ligt, gelijk wij reeds aanmerkten, in den aard der zaak, gelijk ook art. 1356, 3° B. W. zulks vordert, dat er een bepaald onderwerp moet zijn. Het is echter niet noodig, dat eene individuëel bepaalde zaak het onderwerp der overeenkomst zij; het is voor de bestaanbaarheid van deze voldoende, zoo maar de soort bepaald is, waartoe de zaak behoort; maar deze moet dan ook, volgens art.

---

(1) TOULLIER, VI, n. 118; VERNEDE, op art. 1370 B. W.; WEERTS, bl. 17 en v. — (2) Ook JUSTINIANUS noemde ze pactiones odiosas et plenas tristissimi et periculosi eventus; l. 30 C *de pactis* (II, 3). Volgens Groningen 31 Jan. 1854, *W.* 1601, kan niet geldig worden bedongen eene belooning bestaande in de toezegging eener bevoordeeling bij testament. — (3) Verg. POTHIER, n. 132; TOULLIER, VI, n. 115; DURANTON, X, n. 310; TROPLONG, t. a. p., n. 245 en v.; DE PINTO, II, § 729, bl. 375; 3e uitg. § 783, bl. 471; SCHÜLLER, op art. 1170 B. W. — (4) ASSER, § 704. Verg. POTHIER, n. 132; TOULLIER, VI, n. 116 en v.; DURANTON, X, n. 311 en v.

1369 *a* B. W., ten minste ten aanzien van hare soort, bepaald zijn (1). De keuze van het individu staat in zoodanig geval aan den schuldenaar; de schuldeischer toch kan uit die overeenkomst geen regt op een bepaald voorwerp afleiden, en de ander voldoet met de levering van hetgeen de overeenkomst aanwijst. De bepaling van art. 1016 B. W., — dat, wanneer het legaat in eene onbepaalde zaak bestaat, de erfgenaam wel niet verpligt is van de beste soort te geven, maar ook niet volstaan kan met het afgeven van de slechtste, — is hier zelfs niet van toepassing. Daar werd den legataris een regt gegeven en den erfgenaam eene verpligting opgelegd door den erflater; hier handelden beide partijen met elkander, en de schuldeischer was dus zelf in staat, door nadere aanduiding van het onderwerp voor zijne belangen te waken (2).

529. Ook de hoegrootheid of hoeveelheid der zaak kan, volgens art. 1369 *b* B. W., onzeker zijn, mits er een grondslag zij, waarnaar zij naderhand kan worden bepaald of uitgemaakt. Dit is het geval, waar de nadere bepaling aan een' derde is overgelaten, of door de omstandigheden wordt aangewezen. In hoe ver dit laatste al of niet het geval is, kan des noods door den regter als quaestio facti worden beoordeeld; het belang van den schuldeischer brengt eene aanwijzing dier nadere bepaling mede, omdat zonder haar de overeenkomst, bij gebreke der door de wet stellig voorgeschrevene voorwaarde, onbestaanbaar is (3).

530. Eveneens moet het onderwerp bepaald zijn, waar het bestaat in eene daad of in de nalating eener daad. En gelijk voorts de zaak in den handel moet zijn, moet ook de daad of de nalating mogelijk en door de goede zeden en de wet veroorloofd zijn. Wat onmogelijk is, kan geen onderwerp der overeenkomst zijn, of zoo het dit is, is de overeenkomst onbestaanbaar. Maar dan is er ook eene volstrekte onmogelijkheid noodig; hetgeen, hoezeer overigens zeer mogelijk, slechts voor den schuldenaar onmogelijk is, is een geldig onderwerp der overeenkomst; hij, die met den schuldenaar handelde, had regt om de vervulling te verwachten, en de schuldenaar zelf moest beoordeelen, waartoe hij in staat zou zijn. Wat bij de wet verboden is, of door de goede zeden gewraakt wordt, kan zedelijk

---

(1) Verg. hierboven IV, n. 1069. Zie voorts POTHIER, n. 131; TOULLIER, VI, n. 139 en v.; DURANTON, X, n. 302; MARCADÉ, IV, n. 451; WEERTS, bl. 28 en v.; V. SAVIGNY, *Obligr.*, I, bl. 399 en v. TOULLIER, n. 139, acht wegens onbepaaldheid krachteloos „ces protestations vagues, par lesquelles une personne déclare que tous ses biens, tout ce qu'elle possède, appartient à un autre." Ik zou gelooven, dat hier het onderwerp genoegzaam bepaald is, omdat al het zijne, en niets dan het zijne, dat onderwerp uitmaakt. — (2) TOULLIER, VI, n. 141; WEERTS, bl. 23. — (3) POTHIER, n. 131; TOULLIER, VI, n. 143—145; DURANTON, X, n. 302; WEERTS, bl. 24 en v.

onmogelijk genoemd worden. Hier kan echter alleen eene wet van publieke orde in aanmerking komen; en wat de goede zeden betreft, het onderwerp moet, om als onbestaanbaar beschouwd te worden, daarmede in werkelijken strijd zijn, gelijk wij dit reeds vroeger gezien hebben (1).

531. Nog is als een vereischte van het onderwerp voorgesteld; dat het nuttig moet zijn voor den schuldeischer en voor dezen eene waarde bezitten, die in geld kan worden bepaald (2). Ik meen de juistheid dier voorstelling te mogen betwijfelen. Dat bij gebreke daarvan de overeenkomst tot eene noodelooze beperking der vrijheid leiden zou, schijnt mij van gering gewigt; hierover te klagen zou weinig gegrond zijn, waar de schuldenaar zelf in de overeenkomst heeft toegestemd; men zou anders ook, bij eene consequente toepassing van zoodanig beginsel, in elk geval moeten beoordeelen, of de beperking der vrijheid van den een wel aan het belang van den ander geëvenredigd is. Dat voorts bij niet-vervulling der verbindtenis de regeling der kosten, schaden en interessen bezwaarlijk zou zijn, zal wel niet voldoende wezen om eene overeenkomst onbestaanbaar te doen achten, bij wier sluiting men de vervulling der verbindtenis bedoelt, niet hare oplossing in zoodanige vergoeding; terwijl bovendien de schuldeischer zich, volgens art. 1276 en v. B. W., kan doen magtigen om ten koste van den schuldenaar de verbindtenis te doen uitvoeren, of hetgeen in strijd daarmede gedaan is, te vernietigen. En wat eindelijk beslissend schijnt, de wet, hoezeer de vereischten van het onderwerp regelende, spreekt van zoodanig vereischte niet, en het ligt toch voor het minst niet zoodanig in den aard der zaak, dat het geene bepaling in de wet zou noodig hebben.

§ 7.

Over de oorzaak.

532. Tot de bestaanbaarheid der overeenkomsten wordt in art. 1356 B. W. in de laatste plaats gevorderd eene geoorloofde oorzaak. Geene der voorwaarden heeft tot zoo veel onzekerheid en verschil van meening aanleiding gegeven als deze; hetwelk ten deele toe te schrijven is aan den invloed der beginselen van het Romeinsche regt omtrent de causa obligandi, die op de latere wetgevingen niet kunnen worden toegepast (3), ten deele ook aan het gemis van eenige

---

(1) Zie hierboven n. 140. Verg. POTHIER, n. 136 en v.; TOULLIER, VI, n. 123 en v.; DURANTON, X, n. 316 en v.; ZACHARIAE, I, § 344, bl. 384, n. 7; WEERTS, bl. 53 en v.; V. SAVIGNY, *Obligr.*, I, bl. 381 en v. — (2) Verg. TOULLIER, VI, n. 146 en v.; ZACHARIAE, I, § 344, bl. 384; WEERTS, bl. 39 en v., 58 en v.; DE PINTO, t. a. p. — (3) TOULLIER, VI, n. 166; DURANTON, X, n. 325; mr. G. A. YSSEL DE SCHEPPER, *De causa in conventionibus, sec. jus Rom. et Franc.* (Deventer 1834), bl. 5.

nadere aanwijzing in de wet en van de noodige bepaling bij POTHIER, waaruit de Fransche wetgever heeft geput, en aan eene even weinig bepaalde als juiste voorstelling bij hen, die bij de zamenstelling van den C. N. daarover het woord hebben gevoerd (1); terwijl bij de beraadslagingen over ons B. W., niettegenstaande die onzekerheid, over het begrip van oorzaak een diep stilzwijgen schijnt bewaard te zijn.

533. In de eerste plaats is de vraag, of er eene oorzaak der overeenkomst, dan wel eene oorzaak van verbindtenis bedoeld is. Het Ontwerp van 21 October 1824 vorderde eene geoorloofde oorzaak *van verbindtenis*, maar bij de nieuwe redactie werden deze laatste woorden weggelaten (2), zonder dat de reden dier weglating is medegedeeld. Misschien moet men haar zoeken in eene juistere onderscheiding tusschen overeenkomst en verbindtenis. Hoe het zij, art. 1356 B. W. doet nu denken aan eene oorzaak der *overeenkomst* (3), daar het eenvoudig eene geoorloofde oorzaak vordert als voorwaarde tot de bestaanbaarheid van deze. Art. 1371 B. W., hetwelk spreekt van eene *overeenkomst zonder oorzaak* of *uit* eene *oorzaak aangegaan*, schijnt dit dan ook buiten twijfel te stellen, gelijk het ook door art. 1372 wordt bevestigd, waar zonder nadere aanduiding gesproken wordt van eene oorzaak in de overeenkomst al of niet uitgedrukt. Het tegendeel is wel beweerd (4) op grond der Fransche bepalingen, en dat onze wetgever niet blijkt daarvan te hebben willen afwijken; maar, hoezeer ik het laatste mede erken, komt mij het beroep op den C. N. geheel ongegrond voor. Art. 1108 C. N. spreekt van eene cause licite DANS *l'obligation*, maar indien dit eene oorzaak van verbindtenis moest beteekenen, zou mijns bedunkens de redactie niet ligt onjuister kunnen zijn. Art. 1131 C. N. spreekt ook wel van *obligation* sans cause, maar art. 1132 C. N. spreekt van *convention*, en men heeft wel beweerd, maar, ofschoon eene zoo grove vergissing bij den wetgever moeijelijk is aan te nemen, niet bewezen, dat in plaats van: quoique la cause n'*en* soit pas exprimé, zou moeten geschreven zijn: n'*y* soit pas exprimé (5). Men zal voorts, geloof ik,

(1) Er wordt hier doorgaans van schuldbekenissen gesproken. — (2) VOORDUIN, V, bl. 55. — (3) Verg. Middelburg 26 April 1854, *W.* 1564. — (4) Zie DE PINTO, II, § 730, bl. 377; 3e uitg. § 784, bl. 473; dezelfde, *Comm. ad quaest.: Exponatur, et ad examen revocetur locus Cod. Civ. de causa obligationis* (Utrecht 1835), bl. 41, 65 en v.; A. A. W. VAN WULFFTEN PALTHE, *De causa in conventionibus* (Utrecht 1840), bl. 50 en v.; DE SCHEPPER, bl. 162 en v., n. 3. Verg. J. VAN DE POLL, *Ad locum Cod. Civ. Franc. de causa obligationis* (Amst. 1835), bl. 22; *Vrag. v. Ned. R.*, II, bl. 77 en v. Zoo spreekt dan ook DURANTON, X, n. 330, mijns inziens, ten onregte van *oorzaak* bij quasi-contracten, en noemt, n. 331, delicten en quasi-delicten *oorzaken* van burgerlijke verbindtenissen, verantwoordelijkheid voor personen en zaken n. 332, algemeen belang n. 333. — (5) Dit beweert ook ASSER; § 705, bl. 480.

met grond aannemen, dat ook hier, gelijk elders, de woorden *obligation* en *convention* hetzelfde beteekenen; zoodat de woorden „dans l'obligation" in art. 1108 veilig hadden kunnen achterwege blijven; even als in het onmiddellijk voorgaande lid, van de woorden: „un objet certain, qui forme la matière de l'engagement," de laatste zeer goed hadden kunnen worden gemist. Oorzaak van verbindtenis is dan ook de overeenkomst zelve. Deze is volgens onze wet eene bron van verbindtenis, zonder dat daartoe iets anders noodig is, wanneer zij maar aan alle vereischten voldoet; maar daartoe behoort ook, dat zij zelve niet zonder geoorloofde oorzaak zij.

534. Maar wat is nu de oorzaak der overeenkomst? Er zijn, die haar verwarren met de beweegreden, de aanleiding, die partijen hadden tot het aangaan der overeenkomst (1). Deze zal echter slechts zelden uit de overeenkomst zelve blijken, en veelal zal zelfs de eene partij de hare aan de andere niet kenbaar maken; zoodat, wanneer die beweegreden aan zekere vereischten moest voldoen, de zekerheid der overeenkomsten dikwijls veel te wenschen zou overlaten. Van eene overeenkomst *zonder* oorzaak zou dan ook bezwaarlijk sprake kunnen zijn, daar haar bestaan met grond het bestaan eener beweegreden, hoe dwaas dan ook, doet veronderstellen, zonder welke zij wel niet zou zijn aangegaan. Deze opvatting wordt bovendien vrij stellig gewraakt door het gezag van POTHIER, die uitdrukkelijk leert, dat dwaling in de beweegreden de overeenkomst niet nietig maakt (2).

535. Het is ook niet twijfelachtig, dat de oorzaak der overeenkomst niet verward mag worden met eene voorwaarde, die geen vereischte tot eene overeenkomst is (3). Even weinig mag zij verward worden met de toestemming, die ook zelve, nevens de oorzaak, als voorwaarde voor de bestaanbaarheid van elke overeenkomst is opgegeven. Maar evenzeer moet de oorzaak wel onderscheiden worden van het onderwerp der overeenkomst, dat eveneens als afzonderlijk vereischte is vermeld. Waar geen onderwerp bestaat, is wel ook geene oorzaak, maar bij het bestaan van het eerste kan echter de laatste ontbreken, of eene valsche of ongeoorloofde oorzaak aanwezig zijn. De wet vordert beide, én onderwerp én oorzaak: zij moeten dus onderscheiden zijn; en echter ziet men niet zelden beide verward, of wel het onderwerp der verbindtenis des eenen als de oorzaak van die des anderen voorgesteld (4), eene leer, die ook weder

(1) TOULLIER, VI, n. 166 en v.; SPANGENBERG, § 699, III, bl. 11; DABELOW, § 1053, II, bl. 288 en v.; V. D. POLL, bl. 23. Zie voorts arr. Utrecht 10 Jan. 1849, *W.* 1042; Utrecht 25 Junij 1849, *W.* 1043; Nijmegen 10 Junij 1856, *W.* 1758. — (2) Zie ook DURANTON, X, n. 326; ZACHARIAE, I, § 345, bl. 385, n. 1; DE SCHEPPER, bl. 146—150; DE PINTO, *Comm.*, bl. 33 en v. — (3) Verg. DURANTON, X, n. 360. — (4) DURANTON, X, n. 113, 326 en v. Verg. n. 335, 365. Zie ook MARCADÉ, IV, n. 400, 453; V. D. POLL, bl. 69 en v., 82.

dit gebrek heeft, dat zij van eene oorzaak der verbindtenis spreekt, waar van die der overeenkomst sprake moest zijn, en wier onjuistheid ook daaruit schijnt te blijken, dat de wet niet twee verschillende oorzaken voor de onderscheidene partijen, maar slechts ééne oorzaak veronderstelt.

536. Om de verwarring van onderwerp en oorzaak te ontgaan, heeft men ook, zich beroepende op POTHIER, de levering der zaak van de zaak zelve onderscheiden, en de oorzaak, althans bij overeenkomsten onder bezwarenden titel, voor de eene partij gesteld in de *levering* van hetgeen de andere verschuldigd is (1). Maar op deze wijze is er weder voor iedere partij eene afzonderlijke oorzaak, anders dan de wet het voorstelt. En terwijl overigens die levering de oorzaak kan zijn, die de andere partij beweegt tot de overeenkomst, zal men de oorzaak der verbindtenis, gelijk men toch wil, daarin bezwaarlijk kunnen stellen, zonder althans eene soort van civilis causa obligandi uit het Romeinsche regt over te nemen, en zonder geheel consequent tot het resultaat te komen, dat bij gebreke der levering aan de eene zijde, de verbindtenis ook voor den ander van regtswege nietig moet zijn, omdat dan de oorzaak ontbreekt.

537. In kansovereenkomsten heeft men de oorzaak voor elke partij gesteld in het gevaar of in de kans, die de andere aanneemt te loopen; en in overeenkomsten om niet in de enkele edelmoedigheid, welke de ééne partij jegens de andere op zich neemt. Bij kansovereenkomsten loopt echter veelal slechts eene der partijen gevaar, en de opgegeven oorzaak kan dus slechts voor de andere, niet voor die partij bestaan. Dat gevaar kan dus niet de oorzaak der overeenkomst voor beide partijen zijn, het kan dus ook op zich zelf geene oorzaak van verbindtenis voor beide wezen. De mildheid van ééne der partijen betreft ook alleen die partij, zij is de oorzaak van hare toestemming, maar zij is te weinig bepaald om de oorzaak eener bepaalde overeenkomst te wezen.

538. Bij de vraag, wat de oorzaak eener overeenkomst is, de oorzaak, gelijk art. 1371 B. W. het uitdrukt, uit welke de overeenkomst is aangegaan, moet men zich, mijns bedunkens, die overeenkomst als het werk van beide partijen voorstellen, en moet de oorzaak voor de alzoo beschouwde overeenkomst passen (2). En dan is, dunkt mij, de oorzaak der overeenkomst juist dat, wat zij door deze hebben willen bewerken. Het doel, dat partijen beoogden, de strekking der overeenkomst is het, wat deze heeft doen ontstaan, en is dus ook volgens den natuurlijken zin der woorden de oorzaak daar-

---

(1) Verg. POTHIER, n. 42; ZACHARIAE, I, § 345, bl. 385; DE SCHEPPER, bl. 142 en v., 161; DE PINTO, *Comm.*, bl. 42 en v. — (2) BIGOT-PRÉAMENEU spreekt van *l'intérêt reciproque des parties.* Zie *C. N. et Mot.*, V, bl. 15.

van. Wil men dit op verschillende overeenkomsten toegepast zien, zoo vind ik de oorzaak eener overeenkomst van koop en verkoop in de bedoeling der partijen, dat eenige zaak van de eene tegen een zekeren prijs het eigendom der andere worde. In kansovereenkomsten vind ik de oorzaak in de kans van voor- of nadeel, die alle partijen op zich nemen, of wel in de bedoeling, dat de eene partij, tegen eene belooning en onder zekere bepalingen, het gevaar zal overnemen, dat anders de andere zou loopen. Bij schenkingen vind ik de oorzaak in de bedoeling der partijen, dat eenige zaak van de eene om niet het eigendom der andere zal worden. Het zal wel niet noodig zijn dit ten aanzien van andere overeenkomsten voort te zetten; het wijst zich voor iedere van zelf aan. En even weinig zal het noodig zijn het onderscheid aan te wijzen, dat er tusschen deze oorzaak en de beweegreden der partijen bestaat. Die beweegreden zou men kunnen noemen de oorzaak van de oorzaak der overeenkomst.

539. Zoodanige oorzaak nu is een vereischte tot de bestaanbaarheid van elke overeenkomst. Deze moet dus strekken tot bereiking van een bepaald doel, overeenkomstig met haar wezen en haren aard. Waar die strekking gemist wordt, daar is de overeenkomst zonder oorzaak, en als zoodanig, volgens art. 1371 B. W., krachteloos. Dit is b. v. het geval, wanneer de een aan den ander verkoopt of schenkt eene zaak, die dezen reeds toebehoort. Hier bestaat, blijkens de overeenkomst, toestemming van beide partijen, die wij daartoe bekwaam veronderstellen; er bestaat ook een onderwerp, maar de overeenkomst is doelloos, de eene partij had reeds wat zij door haar zou hebben, en zoo bestond er dus geene oorzaak der overeenkomst. Hetzelfde geldt, waar bij overeenkomst aan de eene partij eene verpligting wordt opgelegd, die reeds geldig op haar rustte (1). Daarom is ook koop en verkoop van eens anders goed nietig; die overeenkomst kan geene overdragt van het goed eens derden ten gevolge hebben, zij mist dus als zoodanig hare strekking en is zonder oorzaak.

540. Er moet niet alleen eene oorzaak, maar eene geoorloofde oorzaak bestaan, en eene overeenkomst, uit eene ongeoorloofde oorzaak aangegaan, is, volgens art. 1371 B. W., evenzeer krachteloos. Eene oorzaak is, volgens art. 1373 B. W. ongeoorloofd, wanneer ze bij de wet verboden is, of wanneer zij strijdig is met de goede zeden of met de openbare orde; met andere woorden, wanneer, hetgeen partijen bedoelen, met de wetten, de goede zeden of de openbare orde strijdt (2). Zoo zou eene overeenkomst, waarbij de een jegens den ander voor zijn geheel leven zijne diensten verbindt, nietig zijn,

(1) POTHIER, n. 46. — (2) Verg. POTHIER, n. 43 en v.; TOULLIER, VI, n. 181 en v.; DURANTON, X, n. 362 en v.; MARCADÉ, IV, n. 457 en v.; DE PINTO, *Comm.*, bl. 77 en v.

omdat, hoezeer bekwaamheid der partijen, toestemming en onderwerp aanwezig zijn, de oorzaak ongeoorloofd is, daar partijen eene regtsbetrekking tot stand hebben willen brengen, die zij volgens de wet (art. 1657 B. W.) niet tot stand mogen brengen. Zoo is, wanneer men is overeengekomen, dat de een voor den ander frauduleus koopmanswaren binnen het rijk zal invoeren, de oorzaak der overeenkomst ongeoorloofd, omdat zoodanige invoer ongeoorloofd is, en dus de overeenkomst zelve nietig (1). Zoo is ook eene overeenkomst, waarbij de een zich jegens den ander tot iets verbindt ter vergelding eener door dezen gepleegde ongeoorloofde daad, eveneens nietig, omdat zoodanige vergelding eene ongeoorloofde oorzaak van de bron der verbindtenis is.

541. Er moet werkelijk eene oorzaak, en wel eene geoorloofde oorzaak bestaan; eene overeenkomst uit eene valsche oorzaak aangegaan, is, volgens art. 1371 B. W., almede krachteloos. Hetzij men met ASSER (2) aanneemt, dat door valsche oorzaak alleen kan zijn begrepen de vermelding eener geoorloofde oorzaak, ten einde eene niet bestaanbare te bedekken; hetzij men in het algemeen daaronder verstaat eene oorzaak, die naar de meening der partijen bestaat, maar inderdaad niet bestaat: in elk geval is het zeker, dat er eene geoorloofde oorzaak moet *zijn*, en dat, waar de wet dit vordert, noch de valsche meening der partijen, noch de valsche vermelding eener niet bestaande oorzaak dat niet-bestaan kan wegnemen of vergoeden. En in dien zin kon dus POTHIER met regt zeggen, dat het hetzelfde is, of de overeenkomst zonder oorzaak is, dan of die, om welke zij is aangegaan, valsch is, ofschoon overigens tusschen het gemis van oorzaak en hare valschheid wel degelijk onderscheid bestaat (3). De valschheid der oorzaak moet natuurlijk bewezen worden door hem, die er zich op beroept (4).

542. „Eene overeenkomst zonder oorzaak, of uit eene valsche of ongeoorloofde oorzaak, aangegaan, is krachteloos," zegt art. 1371 B. W. Zij kan dus geene bron van verbindtenis zijn en niet strekken tot grondslag eener vordering in regten tot hare nakoming. En wat evenwel, als ter voldoening aan zoodanige verbindtenis, werd betaald, kan, als onverschuldigd betaald, teruggevorderd worden. Waar de overeenkomst zonder oorzaak is aangegaan, is dit in het algemeen niet twijfelachtig. Waar zij is aangegaan uit eene ongeoorloofde oorzaak, pleegt mèn te onderscheiden, of deze aan zijde van hem,

(1) Zie Maastricht 29 Sept. 1842, *R. B.*, V, bl. 219 en v. — (2) § 705, bl. 481. Verg. DE PINTO, II, § 730, bl. 379; 3e uitg. § 784, bl. 474. — (3) Zie POTHIER, n. 42; TOULLIER, VI, n. 170. Verg. DURANTON, X, n. 350; MARCADÉ, IV, n. 454 en v.; DE PINTO, *Comm.*, bl. 58 en v., die beweert, dat *ou*, *of*, hier *sive* beteekent. — (4) Verg. DURANTON, X, n. 349.

die bedong, of aan zijde van hem, die beloofde, of wel van beide ongeoorloofd was, en hoezeer de overeenkomst in elk geval krachteloos noemende, de terugvordering alleen in het eerste geval toe te laten en in de andere te ontzeggen (1). Welke gronden echter daarvoor uit het Romeinsche regt worden bijgebragt, naar onze wet schijnt mij die onderscheiding ongegrond; de overeenkomst is in het algemeen krachteloos verklaard, en in ieder geval is dus, hetgeen betaald is, even weinig verschuldigd geweest. De terugvordering zou dus slechts kunnen worden ontzegd, wanneer men hier aan eene in art. 1395 *b* B. W. bedoelde natuurlijke verbindtenis kon denken, hetgeen echter in den regel zeker het geval niet is.

543. De wet vordert slechts, dat de oorzaak bestaat; zij behoeft juist niet uitdrukkelijk vermeld te zijn. Eene valsche vermelding zelfs heft de kracht eener werkelijk bestaande oorzaak niet op. „Indien er geene oorzaak is uitgedrukt, en er echter eene geoorloofde aanwezig is, of ook indien er eene andere geoorloofde oorzaak dan de uitgedrukte bestaat, is niettemin de overeenkomst van kracht;" art. 1372 B. W. (2).

544. Ook in den C. N. was de uitdrukking der oorzaak geen volstrekt vereischte, maar art. 1132 had aanleiding gegeven tot een verschil van gevoelen, of namelijk de eischer hier het bestaan, of de verweerder het niet-bestaan van eenige oorzaak moest bewijzen (3). Art. 1372 B. W. laat omtrent de beantwoording dier vraag in eerstgenoemden zin wel geen twijfel over. En daar de oorzaak een vereischte is tot het bestaan der overeenkomst, moet hij, die zich op deze beroept, natuurlijk ook dat bestaan bewijzen, wanneer het namelijk door den verweerder wordt ontkend; te meer, omdat de wet geen' eisch tot nietigheid verbindt aan het gemis van oorzaak, maar de overeenkomst deswege krachteloos verklaart; om niet te zeggen, dat het bewijs der ontkenning voor den verweerder moeijelijk te leveren zou zijn (4). Het gezegde kan echter om gelijke reden geene toepassing vinden in geval van terugvordering van hetgeen onverschul-

---

(1) POTHIER, n. 43; DURANTON, X, n. 374; DE PINTO, *Comm.*, bl. 89 en v. — (2) Verg. VOORDUIN, V, bl. 60; ASSER, § 705; DURANTON, X, n. 352; FAVARD, in *C. N. et Mot.*, V, bl. 109 en v. — (3) Zie het eerste beweerd door DURANTON, X, n. 355; ZACHARIAE, I, § 345, bl. 385, n. 4; DE PINTO, *Comm.*, bl. 68 en v.; het ander door TOULLIER, VI, 175, die echter ook leert, dat het bestaan eener andere dan de valsche oorzaak in den regel door den schuldeischer bewezen moet worden, n. 177 en v. Verg. DURANTON, X, n. 349, 351; VAN DE POLL, bl. 62–67; DE PINTO, *Comm.*, bl. 72. — (4) ASSER, § 705; DE PINTO, II, § 731, bl. 379 en v.; 3e uitg. § 785, bl. 475; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1372 B. W.; *Vrag. v. Ned. R.*, II, bl. 82 en v.; Amsterdam 3 Mei 1853, *N. B. R.*, III, bl. 451 en v.

digd ter zake van zoodanige overeenkomst is voldaan, en telkens wanneer ook door gedeeltelijke voldoening gevolg aan de overeenkomst gegeven is (1). Iedere betaling doet, volgens art. 1395 *a* B. W., eene schuld veronderstellen; en zoo hij, die eerst dat bestaan stilzwijgend heeft erkend, later het betaalde wil terugvorderen, treedt hij als eischer op, en moet als zoodanig den grond zijner vordering bewijzen. Hetzelfde geldt, waar hij, die in eene eenzijdige schuldbekentenis het bestaan eener schuld erkend heeft, later beweert, dat de overeenkomst, waarop deze zou moeten gegrond zijn, geene geoorloofde oorzaak had (2).

545. Het bestaan eener geoorloofde oorzaak, hoezeer die niet in de overeenkomst is uitgedrukt, kan door alle middelen bewezen worden, ook door getuigen, om het even hoe groot het bedrag zij, dat men op grond dier overeenkomst vordert, omdat de daarvan opgemaakte akte als een begin van schriftelijk bewijs moet worden erkend (art. 1939 B. W.) (3). Maar ook dit geldt weder niet voor hem, die bij de terugvordering van het betaalde het gemis eener oorzaak of het valsche der uitgedrukte oorzaak, of voor hem, die tegen het bewijs dier valschheid het bestaan eener geoorloofde oorzaak bewijzen moet. Dezen hebben althans in de akte geen begin van bewijs door geschrift, en de gewone regelen moeten dus te hunnen aanzien gelden (4).

AFDEELING III.

§ 8.

Van het gevolg der overeenkomsten.

546. Het spreekt van zelf, dat iedere overeenkomst, volgens hare bijzondere strekking, ook bijzondere gevolgen heeft; maar er zijn ook gevolgen aan alle overeenkomsten gemeen, en over deze wordt hier gehandeld. Daartoe behoort boven en als grond van al het overige, dat zij even als de wet eene bron van verbindtenis is voor de par-

(1) Verg. 's Gravenhage 3 Dec. 1839, *W.* 78; Amsterdam 23 Febr. 1842, *R. B.*, IV, bl. 129—132. — (2) Verg. DURANTON, X, n. 353; BIGOT-PRÉAMENEU, in *C. N. et Mot.*, V, bl. 15; *Conf. du C. N.*, V, bl. 19 en v.; zie echter ook ZACHARIAE, I, § 345, bl. 385, n. 4. — (3) DURANTON, X, n. 356; ZACHARIAE, I, § 345, bl. 385, n. 5; DE PINTO, II, § 731, bl. 380; 3e uitg. 785, bl. 475 en v.; *Comm.*, bl. 73 en v. — (4) Verg. DURANTON, X, n. 357 en v.

tijen, en dat de kracht der verbindtenis dezelfde is, om het even of zij uit de wet of wel uit eene overeenkomst ontstaat. „Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten," zegt daarom art. 1374 *a* B. W., „strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet."

547. Gelijke bevoegdheid, als partijen hadden tot het aangaan van eene overeenkomst, hebben zij ook daarna tot het aangaan eener andere in tegenovergestelden zin. „Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur" (1). Maar zoodanige tegenovergestelde overeenkomst is dan ook noodig om de verbindende kracht der eerste op te heffen. Overeenkomsten kunnen, volgens art. 1374 *b* B. W., behalve uit hoofde der redenen, welke de wet daartoe voldoende verklaart, niet herroepen worden, dan met wederzijdsche toestemming; en deze wederzijdsche toestemming is eene nieuwe overeenkomst (2), die, eveneens dengenen, die haar hebben aangegaan, tot wet strekkende, ook even als eene latere wet de vroegere, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgende, afschaft of daaraan derogeert.

548. Op de bevoegdheid tot herroeping maakt art. 1353 *b* B. W. eene uitzondering, die door den aard van het daar bepaalde gevorderd wordt. Wat de redenen betreft, welke de wet voldoende verklaart tot herroeping eener overeenkomst, zoo geeft art. 1639 *c* B. W. den meester de magt, om ten allen tijde zonder het aanvoeren van redenen zijne dienstboden weg te zenden tegen de daar bepaalde schadeloosstelling; zoo veroorlooft art. 1647 B. W. den aanbesteder de aanneming op te zeggen, al is ook het werk reeds begonnen; zoo eindigt maatschap, volgens art. 1683, 3° B. W., door den enkelen wil van eenige of van slechts één der vennooten; zoo kan schenking herroepen worden in de gevallen, vermeld in art. 1725 B. W.; zoo eindigt lastgeving, volgens art. 1850 B. W., wanneer de volmagt door den lastgever wordt herroepen of de last door den lasthebber opgezegd. Doch al die gevallen zijn uitzonderingen, en er is eene duidelijke wetsbepaling noodig om zoodanige uitzonderingen te kunnen aannemen. Maar waar de wet haar erkent, daar is hare uitspraak beslissend, ook over overeenkomsten, die wel voor partijen tot wet verstrekken, maar toch niet boven de wet staan.

549. Art. 1374 *a* B. W. spreekt van wettelijk gemaakte overeenkomsten. Zij kunnen natuurlijk niet werken, dan voor zoo ver zij gemaakt zijn. En hiertoe behoort dan ook, dat eene overeen-

---

(1) ULPIANUS, in l. 35 D. *de R. J.*; TOULLIER, VI, n. 192; DURANTON, X, n. 382. — (2) DE PINTO, II, § 733, bl. 380; 3e uitg § 787, bl. 476; SCHÜLLER, op art. 1374 B. W.

komst, waarvoor de wet een bepaalden vorm vordert, partijen niet tot wet verstrekken kan, zoolang zij niet in dien vorm is aangegaan, al hadden zij overigens een overeenstemmenden wil. En hiermede staat in verband, dat, wanneer partijen zijn overeengekomen, dat hare overeenkomst niet zal werken, voordat zij bij notariële akte is geconstateerd, de verbindende kracht der overeenkomst zelve tot zoolang blijft opgeschort (1). Die inachtneming van den vorm is noodig, zal eene overeenkomst wettelijk gemaakt zijn. Maar hiertoe is bij de toepassing van art. 1374 *a* B. W. bovendien met opzigt tot haren inhoud noodig, dat zij niet met de wet in strijd zij, noch iets bepale, wat volgens de wet niet geldig bepaald kan worden, waarvan art. 798 en 1112 B. W. voorbeelden opleveren.

550. Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten moeten, volgens art. 1374 *c* B. W., te goeder trouw ten uitvoer worden gebragt. Dit beteekent niet alleen, dat geen bedrog en kwade trouw bij de tenuitvoerbrenging van overeenkomsten plaats mag vinden, maar strekt tevens tot vermijding eener onderscheiding tusschen contractus bonae fidei en contractus stricti juris, gelijk die bekend is in het Romeinsche regt (2). Ten aanzien der uitvoering van alle overeenkomsten gelden bij ons dus even milde beginselen.

551. Algemeen is dan ook de bepaling van art. 1375 B. W., en voor alle overeenkomsten geldt dus, dat zij niet alleen verbinden tot datgene, wat er uitdrukkelijk bij bepaald is, maar ook tot al hetgeen, naar den aard der overeenkomsten, door de billijkheid, het gebruik of de wet wordt gevorderd. Toullier (3) spreekt hierom van billijkheid, gebruik en wet als drie bronnen, waaruit neven-verbindtenissen naast de hoofdverbindtenis voortvloeijen, die deze ook stilzwijgend volgen. Inderdaad is er echter slechts ééne verbindtenis, die, behalve hetgeen de overeenkomst uitdrukt, ook dat, wat de billijkheid, het gebruik of de wet vordert, omvat, en waarin het eene niet aan het ander ondergeschikt, maar alles van gelijken rang is.

552. De wet regelt de regtsbetrekkingen der ingezetenen voor de voorkomende bijzondere gevallen, en wat door haar bepaald is, behoeven partijen niet meer als wet voor zich vast te stellen. Dat zij die werking niet wijzigen, is genoeg om haar in volle kracht te laten bestaan. De wet is in zoo ver een aanvulsel der overeenkomst; wat zij als gevolg eener door deze geschapene verbindtenis vaststelt, bestaat als zoodanig zonder dat het in de overeenkomst zelve is uit-

(1) Pothier, n. 11. — (2) Pothier, n. 9; malleville, III, bl. 12; toullier, VI, n. 195, 336; zachariae, I, § 341, bl. 379, n. 6, § 346, bl. 386, n. 4; marcadé, IV, n. 466. — (3) VI, n. 334.

gedrukt. Zoo verbindt een verkooper zich tot vrijwaring, zonder dat dit uitgedrukt worde, wanneer het maar niet wordt uitgesloten (1).

553. Overeenkomsten verbinden ook zonder uitdrukkelijk beding tot hetgeen door de billijkheid gevorderd wordt. Het spreekt van zelf, dat dit geene verwringing der overeenkomst naar eene vermeende billijkheid ten gevolge mag hebben. Maar *nevens* de overeenkomst kan de billijkheid tot beslissing van enkele punten leiden; zoo is het in het algemeen erkend, dat hij, die de voordeelen eener zaak geniet, ook de nadeelen ondervindt, en omgekeerd; zoo wordt het gewraakt, dat de een ten nadeele van den ander kan bevoordeeld worden (2).

554. Ook ten aanzien van hetgeen het gebruik vordert, geldt hetzelfde. Niet alleen wordt al wat dubbelzinnig is, volgens art. 1382 B. W., uitgelegd naar hetgeen gebruikelijk is in het land of op de plaats, waar de overeenkomst is aangegaan, maar, gelijk art. 1383 B. W., geheel in overeenstemming met art. 1375, en daarom noodeloos (3) bepaalt, bestendig gebruikelijke bedingen worden geacht stilzwijgend in de overeenkomst te zijn begrepen, schoon zij daarbij niet zijn uitgedrukt. Zoodanig gebruik is veelal op de billijkheid gegrond; men leide daaruit echter niet af, dat de vermelding van de billijkheid en het gebruik nevens elkander overbodig is. Menig gebruik toch zou wat de billijkheid betreft op zeer verschillende wijzen gevestigd kunnen zijn, en staat met haar in geen dadelijk verband (4). Wat alzoo door het gebruik wordt medegebragt, hebben partijen niet noodig uit te drukken, en behoort stilzwijgend tot de overeenkomst (5). Deze is en blijft dan ook de bron der verbindtenis; er wordt hier alzoo geene regtskracht toegekend aan de gewoonte, en er bestaat dus ook geen strijd tusschen deze bepaling en art. 3 Alg. Bep.

555. Dit toch is de grond der geheele bepaling van art. 1375 B. W. Hetgeen de wet, het gebruik of de billijkheid medebrengt, wordt gerekend, evenzeer als hetgeen is uitgedrukt, door partijen bedoeld te zijn, en wordt om die bedoeling als in de overeenkomst begrepen geacht. Op de verbindtenis, zoo als zij ten gevolge der overeenkomst bestaat, kan dan ook de gewoonte, zonder bepaling der wet, niet worden toegepast, dan voor zoo ver zij als een stilzwijgend aangenomen bestanddeel der overeenkomst kan worden beschouwd (6).

---

(1) TOULLIER, VI, n. 337, 340; DURANTON, X, n. 386; SCHÜLLER, op art. 1375 B. W. — (2) TOULLIER, VI, n. 338; SCHÜLLER, op art. 1375 B. W. — (3) Dat ik dit alleen van art. 1383 zeg, niet van art. 1382, is mr. OPZOOMER, III, bl. 37, ontgaan. Verg. intusschen n. 593. — (4) Verg. DURANTON, X, n. 385. — (5) TOULLIER, VI, n. 339. Zie Leeuwarden 10 Mei 1842, *R. B.*, IV, bl. 664; VERNEDE, op art. 1375 B. W.; Nijmegen 21 April 1846, *W.* 709; Utrecht 5 Junij 1848, *W.* 977. Verg. voorts OPZOOMER, III, bl. 36 en v. — (6) Verg. ook *Opm. en Med.*, IV, bl. 151 en v.

Maar gelijk de partijen uitdrukkelijk daarvan konden afwijken, zoo is het ook mogelijk, dat de overeenkomst, ofschoon niet ondubbelzinnig, echter, volgens eene uitlegging overeenkomstig de regelen der volgende afdeeling, zoodanige afwijking medebrengt, die dan evenzeer geldt.

556. Art. 1375 B. W. verwijst bepaaldelijk naar den aard der overeenkomsten, en men schijnt daarbij niet alleen te moeten denken aan hetgeen b. v. aan de overeenkomst van koop en verkoop, aan die van huur en verhuur enz. in het algemeen eigen is (1), maar ook aan hetgeen de bijzondere overeenkomst, wier toepassing het geldt, medebrengt. In allen gevalle moet de overeenkomst in hare werking bepaald blijven tot hetgeen haar onderwerp uitmaakt (2).

557. Eveneens bepaalt zich de onmiddellijke werking der overeenkomsten tot hen, die haar hebben aangegaan. »Overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen"; art. 1376 *a* B. W. Aan dezen strekt de overeenkomst tot wet, maar alleen omdat zij zoo zijn overeengekomen; voor anderen kan dus ook dezelfde werking niet bestaan. De overeenkomsten kunnen dus, gelijk ook art. 1376 *b* B. W. zegt, aan derden niet ten nadeele verstrekken, noch ook aan derden voordeel aanbrengen; »res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest" (3). Vanhier dat, daar bij erfopvolging de schulden over de gezamenlijke erfgenamen worden verdeeld, de daaromtrent bij de boedelscheiding gemaakte bepalingen, den schuldeischer niet beletten van elken erfgenaam zijn aandeel in de schuld te vorderen (4). Vanhier dat b. v. ook het beding, vermeld in art. 1223 *b* B. W., tegen derden niet werkt, tenzij het, door inschrijving, een bestanddeel der hypotheek zelve is geworden.

558. Dat een vennoot onder firma door zijne handelingen de vennootschap jegens derden, en derden jegens de vennootschap kan verbinden; dat de overeenkomsten van den man de gemeenschap en daardoor ook de vrouw verbinden; dat een gemagtigde zijn' lastgever verbindt, dit strijdt niet tegen de bepaling van art. 1376 B. W., omdat hetgeen ieder der genoemde personen in den kring zijner bevoegdheid heeft verrigt, geacht wordt verrigt te zijn door de vennootschap zelve, door de gemeenschap of door den lastgever (5). Eveneens kan de bepaling van art. 1478 *a* B. W., dat de kwijtschelding eener schuld, of het ontslag van de overeenkomst, aan den hoofdschuldenaar toegestaan, de borgen bevrijdt niet als strijdig met art. 1376 beschouwd worden, omdat die bevrijding, die opheffing eener ondergeschikte verbindtenis een natuurlijk gevolg is van de vernietiging der

---

(1) Verg. TOULLIER, VI, n. 196 en v. — (2) POTHIER, n. 86 en v. — (3) Verg. SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1376 B. W. — (4) Zie hierboven V, n. 583; DURANTON, X, n. 537. — (5) POTHIER, n. 87 en v.

hoofdverbindtenis (1); terwijl dan ook de aan den borg toegestane kwijtschelding geenszins den hoofdschuldenaar, noch die aan een' der borgen de overigen bevrijdt; art. 1478 *b* en *c* B. W. Hetzelfde geldt van de kwijtschelding eener schuld of het ontslag bij overeenkomst ten behoeve van een' der hoofdelijke schuldenaren, die volgens art. 1476 in den regel ook de overigen bevrijdt, omdat ook hier de schuld ééne is, en de gezamenlijke schuldenaren tegenover den schuldeischer door ieder hunner worden vertegenwoordigd; en, om dezelfde reden, van hetgeen art. 1460 B. W. omtrent schuldvernieuwing bepaalt. Ook dat het accoord, tusschen den gefailleerden koopman en het vereischte getal zijner schuldeischers aangegaan, mede verbindende is voor de overige schuldeischers, maakt geene uitzondering op art. 1376 (2); want niet de overeenkomst zelve, maar de homologatie van het accoord door de regtbank bewerkt die algemeen verbindende kracht; zoolang die homologatie ontbreekt, bestaat ook die verbindende kracht niet (3).

559. Eene uitzondering erkent echter art. 1376 *b* B. W. zelf, namelijk in het geval voorzien bij art. 1353, volgens hetwelk men ten behoeve van een' derde iets kan bedingen, wanneer een beding, hetwelk men voor zich zelven maakt, of eene gift, die men aan een' ander doet, zulk eene voorwaarde bevat (4).

560. De derden, waarvan art. 1376 *b* B. W. spreekt, moeten wèl onderscheiden worden van de erfgenamen en regtverkrijgenden der handelende partijen. De erfgenamen treden geheel in de regten en verpligtingen van deze, de regtverkrijgenden doen zulks evenzeer voor zoo ver, en ten aanzien der zaak, met betrekking tot welke zij als zoodanig aan hen zijn opgevolgd. Zij komen in de plaats der handelende partijen zelve, en wat voor deze geldt, geldt daarom, behoudens bepaalde uitzonderingen, ook voor hen. De wet leert dit zelve in art. 1354 B. W. „Men wordt verondersteld bedongen te hebben voor zich zelven, en voor zijne erfgenamen en regtverkrijgenden", — of liever, want dit is de bedoeling: zoowel voor zijne erfgenamen en regtverkrijgenden als voor zich zelven, — „ten ware het tegendeel uitdrukkelijk bepaald zij, of uit den aard der overeenkomst mogt voortvloeijen." De bepaling staat daar minder op hare plaats, en had liever een deel van art. 1376 moeten uitmaken. Men had b. v. kunnen zeggen: overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen; die kracht gaat echter op hunne erfgenamen en regtverkrijgenden over, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk

---

(1) Verg. POTHIER, n. 89; DURANTON, X, n. 539. — (2) Anders ASSER, c. s., op art. 848 W. v. K. Verg. DURANTON, X, n. 531. — (3) V. HENGELAAR, bl. 65. Verg. POTHIER, n. 88. — (4) Verg. hierboven n. 457 en v.

is bepaald of uit den aard der overeenkomst voortvloeit; aan derden kunnen zij niet ten nadeele verstrekken, enz. Dat toch de kracht der overeenkomsten op de erfgenamen en regtverkrijgenden overgaat, is een gevolg hunner opvolging, die dan ook wel de eenige grond der veronderstelling van art. 1354 kan zijn, en zonder welke deze niet zou kunnen bestaan, daar de erfgenamen en regtverkrijgenden anders derden zijn zouden, voor wie men op zijnen naam geene verbindtenis kan aangaan. Maar nu is er dan ook geene reden om zoodanig beding voor hen te veronderstellen, daar zonder dit beding of de veronderstelling daarvan hetzelfde geldt krachtens de wet (1).

561. Vanhier dat eene verbindtenis, hoezeer daartoe ten minste twee personen vereischt worden, door den dood van eene der partijen niet te niet gaat, noch ook door overdragt van eigendom of andere regten, waardoor de eene partij vreemd wordt aan de zaak, waarover de overeenkomst heeft geloopen. De erfgenaam of de regtverkrijgende treedt in de plaats van den ander. En dit geldt niet alleen van de regten, maar ook van de verpligtingen; want het ligt in den aard der erfopvolging en van den overgang op regtverkrijgenden; en hoezeer art. 1354 alleen van bedingen spreekt, moet het ook worden toegepast op hetgeen men belooft en waartoe men zich verbindt (2).

562. Het gezegde geldt, ten ware het tegendeel uitdrukkelijk mogt bepaald zijn of uit den aard der overeenkomst voortvloeijen. Het laatste heeft plaats, waar de wet zelve ten aanzien van eenige overeenkomst beslist, dat de verbindtenis met den dood van eene der partijen zal ophouden, of waar dit zonder regtstreeksche bepaling in den aard der zaak en van het onderwerp der overeenkomst ligt. Zoo houdt lastgeving op met den dood van den lastgever of van den lasthebber, gelijk art. 1850 B. W. dit uitdrukkelijk zegt; zoo eindigt de werking eener overeenkomst wegens lijfrente met den dood van hem, op wiens lijf de rente gevestigd was, hoezeer de wet dit niet regtstreeks, maar slechts zijdelings in art. 1821 B. W. bepaalt; zoo werkt een beding van vruchtgebruik niet ten voordeele der erfgenamen, omdat vruchtgebruik zelf, volgens art. 854 B. W., met den dood des vruchtgebruikers eindigt (3).

563. Bij het andere heeft men te denken aan eene uitdrukkelijke bepaling in de overeenkomst zelve. Dit toch blijkt uit den titel, waarin de bepaling voorkomt; art. 1122 C. N. zeide dan ook: „à moins que le contraire ne soit *exprimé.*" De wet vordert eene uit-

---

(1) Verg. MARCADÉ, IV, n. 491; OPZOOMER, III, bl. 23 en v. — (2) POTHIER, n. 66; DURANTON, X, n. 253; MARCADÉ, IV, n. 438 en v. Verg. Holland 25 Jan. 1840, *W.* 79. — (3) Verg. DURANTON, X, n. 259; MARCADÉ, IV, n. 441.

drukkelijke bepaling, die geen' twijfel kan overlaten (1). Dat men alleen van zich zelven spreekt, sluit dus de erfgenamen en regtverkrijgenden niet uit; dat men van de eersten uitdrukkelijk gewaagt, is ook nog geene uitsluiting der laatsten (2).

564. Het Ontwerp van 21 October 1824 bevatte, in navolging van art. 1166 C. N., een artikel van dezen inhoud: „Niettemin kunnen de *gezamenlijke schuldeischers* alle regten en regtsvorderingen van hunnen schuldenaar uitoefenen, uitgezonderd de zoodanige, welke den persoon van den schuldenaar bij uitsluiting betreffen." Bij de nieuwe redactie van dat jaar werd het artikel in diervoege gewijzigd, dat de *schuldeischers* dit zouden kunnen tot het beloop hunner inschulden, maar slechts indien de schuldenaar bankbreukig is of in staat van kennelijk onvermogen verkeert. Ook zóó voldeed het echter niet, „car comment," zeide BARTHÉLÉMY, „supposer des créanciers exerçant les droits d'un débiteur, sans en être saisis, et comment les en saisir, uniquement en vertu de leur titre de créancier?" Art. 1102 Wetb. van 1830 bepaalde daarom, dat de schuldeischers door den regter gemagtigd kunnen worden om de regten en vorderingen van hunne schuldenaren uit te oefenen, uitgezonderd enz. Maar ook deze bepaling is bij de herziening van 1830 weggelaten, omdat men zich geen geval kon voorstellen, waarin de regter op goede gronden een' schuldeischer zou behooren te magtigen om de regten van zijn' schuldenaar uit te oefenen; daar de bepaling overbodig zijn zou, wanneer men de regten bedoelde der gezamenlijke schuldeischers in den boedel van een' falliet of kennelijk onvermogende, dewijl deswege elders de noodige bepalingen voorkomen; en evenzeer wanneer men dacht aan het vermogen van den schuldeischer om onder een' derde beslag te leggen op hetgeen deze aan den schuldenaar verschuldigd is, als waarover ook elders is gehandeld. En men heeft den schuldeischer niet willen doen magtigen om buiten zijn' schuldenaar om, en zonder dat deze op eenige manier van het beheer zijner goederen is ontzet, diens regten jegens derden uit te oefenen; hetgeen ook in de praktijk tot de grootste verwarring aanleiding zou geven en schier in de toepassing niet denkbaar of uitvoerbaar scheen (3).

565. „Niettemin," zegt art. 1377 *a* B. W., „kunnen de schuldeischers in hun eigen naam opkomen tegen de handelingen, welke door den schuldenaar ter bedriegelijke verkorting hunner regten gedaan zijn." Het woord „niettemin," eene verbinding dezer bepaling met het voorgaande, schijnt eenigzins vreemd. De zin schijnt te zijn,

---

(1) DURANTON, X, n. 256—258. — (2) Verg. echter POTHIER, n. 69. — (3) VOORDUIN, V, bl. 61—66; ASSER, § 706; DE PINTO, II, § 735, bl. 381; 3e uitg. § 789, bl. 476 en v.

dat, hoezeer derden niet onmiddellijk verbonden worden door de overeenkomsten van partijen, deze echter middellijk tot hun nadeel strekken kunnen, en dat dan onder zekere omstandigheden door hen daartegen kan worden opgekomen. Het middel, hier aan de hand gegeven en 'twelk men kan beschouwen als in verband staande met art. 1177 en v. B. W., volgens welke alle goederen des schuldenaars een gemeenschappelijke waarborg voor zijne schuldeischers zijn, komt grootendeels overeen met de actio Pauliana van het Romeinsche regt (1).

566. Met eene algemeene uitdrukking wordt gezegd, dat opgekomen kan worden tegen de handelingen, welke gedaan zijn, en hierin is onze bepaling veel algemeener dan het Romeinsche regt. Het geldt van alle overeenkomsten, en hieraan moet, wegens de plaatsing der bepaling, wel in de eerste plaats gedacht worden; maar het geldt tevens van andere handelingen, b. v. van kwijtschelding, van afstand door den schuldenaar gedaan, van het verwerpen eener nalatenschap, enz. (2). Maar hoe algemeen de strekking der bepaling ook is, men mag haar niet uitbreiden tot het nalaten van handelingen, die de schuldenaar had behooren te verrigten, maar niet heeft verrigt; trouwens, aan eene vernietiging kan hier ook kwalijk gedacht worden (3).

567. Het geldt echter uitsluitend van zoodanige handelingen, die gedaan zijn ter bedriegelijke verkorting van de regten der schuldeischers, en alzoo om dezen te onthouden hetgeen hun toekomt. In de eerste plaats moet dus eene verkorting dier regten, eene benadeeling hunner belangen plaats hebben; en het is niet genoeg, dat men eene verkorting dier regten heeft bedoeld, deze moeten werkelijk verkort zijn (4). Dit kan op verschillende wijzen geschieden, niet alleen wanneer hetgeen de schuldenaar doet ten doel heeft om zijne goederen of een gedeelte daarvan aan de vervolging der schuldeischers te onttrekken, of wanneer het strekt tot vermindering van zijn vermogen, maar ook wanneer het de vermeerdering van dat vermogen tegenwerkt, waar die zonder toedoen van den schuldenaar zou gevolgd zijn. Het laatste was vreemd aan het Romeinsche regtsmiddel; het veroorzaakt echter evenzeer eene verkorting van de regten der schuldeischers, en valt dus in de termen onzer bepaling (5).

---

(1) DURANTON, X, n. 565; ZACHARIAE, I, § 313, bl. 330, n. 6; MARCADÉ, IV, n. 492 en v. 496; ASSER, § 707. — (2) SCHÜLLER, op art. 1377 B. W.; TOULLIER, VI, n. 366 en v.; ZACHARIAE, I, § 313, bl. 333; v. HENGELAAR, bl. 75. — (3) OPZOOMER, III, bl. 39. Anders 1e uitg. en SCHÜLLER, op art. 1377 B. W. — (4) TOULLIER, VI, n. 348. — (5) TOULLIER, VI, n. 369 en v.; DURANTON, X, n. 569 en v.; ZACHARIAE, I, § 313, bl. 331 en n. 4. Verg. l. 6 D. *quae in fraudem creditorum* (XLII, 8). Zie echter ook MARCADÉ, IV, n. 498.

568. Die verkorting der regten moet bovendien bedriegelijk zijn; de wet vordert eene bedriegelijke verkorting (1). Het is dan ook niet juist, wanneer SCHÜLLER, met beroep op art. 1117, nu 1113, B W., beweert, dat de verkorting niet altijd bedriegelijk behoeft te wezen, omdat de schuldeischers van den erflater zich tegen de boedelscheiding kunnen verzetten. Vooreerst toch wordt hier gesproken van eene handeling der erfgenamen van den schuldenaar, en dus, hoezeer deze als zoodanig schuldenaren zijn geworden, niet van den onmiddellijken schuldenaar; ten anderen is hier sprake van eene handeling, die nog niet plaats heeft gehad; en ten derde wordt hier geene verhindering bedoeld van verkorting der regten van den schuldeischer, maar is de ratio legis alleen gelegen in het meerder gemak, om vóór de scheiding de schuld in te vorderen. Art. 1107 B. W. geeft den schuldeischers een middel, eene bevoegdheid in geval van verwerping eener erfenis *ten nadeele* van hunne regten. Maar hier is ook geene regtsvordering noodig, om tegen die verwerping op te komen; de schuldeischers kunnen zich eenvoudig tot aanvaarding doen magtigen (2).

569. Ten aanzien van dat bedriegelijke maakt onze wet onderscheid tusschen overeenkomsten onder een bezwarenden titel en die, welke om niet zijn aangegaan. „Indien de handeling onder eenen bezwarenden titel is aangegaan, moeten de schuldeischers bewijzen, dat er, van den kant der beide partijen, bedrog heeft plaats gehad. Indien de handeling om niet heeft plaats gehad, is het voldoende dat er bedrog aanwezig zij van den kant van den schuldenaar alleen"; art. 1377 *b* en *c* B. W. Deze onderscheiding, ook in het Romeinsche regt bekend, beveelt zich door hare billijkheid aan, en werd daarom ook aangenomen onder den C. N., ofschoon deze in art. 1167 haar niet heeft gemaakt. Onze wetgever heeft teregt allen twijfel in dezen weggenomen. Alle overeenkomsten hebben wel dit met elkander gemeen, dat zij op grond van den overeenstemmenden wil der partijen tusschen dezen eene verbindtenis doen ontstaan, maar waar het eene handhaving der regten van derden geldt, moesten allen niet op dezelfde lijn worden gesteld. Bij overeenkomsten om niet verkrijgt de begiftigde een voordeel, dat hem gemakkelijk in het belang van hen, tot wier nadeel hij het zou genieten, kan worden onthouden, omdat die onthouding van een voordeel, dat hij niet mogt genieten, hem eigenlijk nog geen nadeel toebrengt, en omdat, waar tusschen zijn belang en dat van den schuldeischer de keuze is, deze natuurlijk in zijn nadeel moet uitvallen. Hetzelfde geldt niet van overeenkomsten

(1) Art. 247 B. W. spreekt van *opzettelijke* verkorting. — (2) Verg. hierboven V, n. 325 en v.

onder bezwarenden titel; iedere partij waakt hier voor haar belang, en de deugdelijkheid dier handeling zelve hangt niet af van de omstandigheden van iedere partij; de andere behoeft deze dus ook niet te onderzoeken. Hij, die alzoo te goeder trouw met een' ander heeft gehandeld, moest daarom veilig zijn tegen allen aanval van hen, die, hoezeer misschien door die handeling benadeeld, daaraan toch vreemd zijn geweest (1). Wij merken alleen nog op, dat het woord *bedrog* hier minder gepast schijnt, omdat het doet denken van een bedrog door de eene partij jegens de andere gepleegd, waarvan hier geen sprake is. Juister ware het daarom, hier van bedriegelijk opzet of bedriegelijke bedoeling te spreken.

570. Juister is dan ook de uitdrukking van art. 777 W. v. K., volgens hetwelk alle akten, waarbij de schuldenaar, die later failliet verklaard is, den eigendom van roerende of onroerende goederen onder een bezwarenden titel heeft overgedragen, of in het algemeen alle handelingen, op welken tijd ook gedaan, op de vordering der schuldeischers kunnen worden vernietigd, indien zij bewijzen, dat deze van beide zijden ter bedriegelijke verkorting van de regten der schuldeischers hebben plaats gehad. Wij vinden hier dan ook geheel de toepassing van art. 1377 *a* en *b* B. W. Eveneens is art. 776 W. v. K. eene toepassing van art. 1377 *a* en *c* B. W.; de kennis, die de schuldeischer had van den nadeeligen staat zijns boedels, wordt daar als een blijk zijner bedriegelijke bedoeling aangenomen. Art. 774 en v. W. v. K. kunnen minder als toepassing van art. 1377 B. W. beschouwd worden; daar komt de wet zelve tusschenbeide, en is geene regtsvordering der schuldeischers noodig.

571. Ook de bepaling van art. 1377 *b* en *c* B. W. is algemeen; wat hier bepaald is omtrent handelingen, die om niet hebben plaats gehad, geldt ten aanzien van alle schenkingen, ook van die, welke bij huwelijksche voorwaarden is gedaan (2).

572. Het bewijs, niet alleen der verkorting, maar ook van het bedriegelijke daarvan, hetzij aan den kant des schuldenaars alleen, hetzij aan dien van beide partijen, moet natuurlijk geleverd worden door de schuldeischers, aan wier vordering het tot grond moet verstrekken. Art. 1377 *b* B. W. wijst dit dan ook genoegzaam aan, en toont, dat, al is ook de bedriegelijke bedoeling van den schuldenaar bewezen, men echter hem, die met dezen onder een bezwarenden titel gehandeld heeft, niet belasten kan met het bewijs zijner eerlijke bedoelingen.

---

(1) Verg. TOULLIER, VI, n. 352—354; DURANTON, X, n. 575; MARCADÉ, IV, n. 499; VOORDUIN, V, bl. 67; ASSER, § 707; V. HENGELAAR, bl. 72 en v. — (2) DURANTON, X, n. 579; ZACHARIAE, I, § 313, bl. 332, n. 3.

573. Maar wat moet nu door de schuldeischers bewezen worden? Ten aanzien der bedriegelijke bedoeling is dit aan geen twijfel onderworpen; hetzelfde geldt echter niet ten aanzien der verkorting zelve. Op grond van het Romeinsche regt wordt veelal de regtsvordering, die wij behandelen, eene subsidiaire regtsvordering genoemd, gegrond op het onvermogen van den schuldenaar, en tot wier instelling alzoo dat onvermogen een vereischte is, zoodat ook in den regel de uitwinning van den schuldenaar aan haar zou moeten voorafgaan (1). Zonder te beslissen, in hoe ver zoodanige voorstelling naar het Romeinsche regt de ware is, meen ik, dat zij in onze wet niet gegrond is. Art. 1377 B. W., hetwelk den schuldeischers de daar omschrevene bevoegdheid toekent, zou haar dan voorzeker in dier voege hebben moeten beperken en van zoodanige voorafgaande uitwinning of wel van het faillissement of kennelijk onvermogen van den schuldenaar afhankelijk maken. Dit is echter niet geschied; de wet vergunt den schuldeischers in het algemeen op te komen tegen de handelingen, die door den schuldenaar ter bedriegelijke verkorting hunner regten gedaan zijn; en nu komt het mij zeer bedenkelijk voor, om op gronden, welke aan onze wet vreemd zijn, die algemeene bevoegdheid in te korten en aan zekere voorwaarden te onderwerpen. Dat de schuldenaar door de bedoelde handelingen onvermogend is geworden tot voldoening zijner schulden, behoeft dus, mijns bedunkens, niet te worden bewezen. Wel zal ten aanzien van hem, die vermogend genoeg is en blijft, zelden van bedriegelijke verkorting sprake kunnen zijn, zij is echter ook onder die omstandigheden niet volstrekt onmogelijk. Indien het middel tot het geval van onvermogen noodwendig beperkt moest worden, zou zijne heilzame werking zeer worden beperkt; en de noodzakelijkheid eener voorafgaande uitwinning van den schuldenaar zou zeker niet tot vereenvoudiging leiden. Men houde daarenboven in het oog, dat de bedriegelijke verkorting in elk geval bewezen moet zijn; en dat, waar deze bewezen kan worden, de handelingen van den schuldenaar natuurlijk in stand blijven. Die handeling zelve moet voorts ter bedriegelijke verkorting geschied zijn; dat zij ten gevolge van latere verliezen voor de schuldeischers nadeelig is geworden, geeft haar dat karakter niet (2).

574. Het bewijs, 'twelk geleverd worden moet, kan door alle wettige middelen geleverd worden. Ook het bewijs door getuigen is hier, volgens art. 1940 B. W., in alle gevallen toegelaten, omdat

---

(1) Verg. TOULLIER, VI, n. 344 en v.; DURANTON, X, n. 572; ZACHARIAE, I, § 313, bl. 371 en n. 6; V. HENGELAAR, bl. 71; OPZOOMER, III, bl. 39 en v. — (2) Verg. ook DURANTON, X, n. 570; ZACHARIAE, I, § 313, bl. 381, n. 9.

het hier voor de schuldeischers uit den aard der zaak niet mogelijk was, zich een schriftelijk bewijs te verschaffen. Maar bovenal zal hier dikwijls van de bewijskracht der vermoedens gebruik gemaakt moeten worden, hetzij het handelingen geldt, welke de wet nietig verklaart, omdat zij, door haren aard en hare hoedanigheid alleen, vermoed worden gepleegd te zijn om eene wetsbepaling te ontduiken, volgens art. 1953, 1° B. W., hetzij er zich zoodanige gewigtige, naauwkeurige, bepaalde en met elkander overeenstemmende vermoedens voordoen, die art. 1959 B. W. aan het oordeel en de voorzigtigheid van den regter overlaat, maar toch ook hier, waar uit hoofde van kwade trouw of bedrog tegen eene handeling wordt opgekomen, in aanmerking wil hebben genomen (1). Dat de schuldenaar bekend was met den slechten stand zijner zaken, zal daarbij zeker in aanmerking kunnen komen om bedriegelijk opzet van zijnen kant te doen vermoeden: op zich zelf acht ik het echter daartoe niet voldoende (2), deels omdat de wet een' zamenloop van vermoedens vordert, deels omdat niet ieder, die niet verstandig en als een goed huisvader handelt, daarom juist gezegd kan worden bedriegelijk te handelen. Eveneens zal de bekendheid met den slechten staat der zaken van den schuldenaar bij hen, die met hem gehandeld hebben, mede kunnen strekken tot het bewijs zijner kwade trouw; maar op zich zelve deze niet bewijzen.

575. De strekking der regtsvordering, waartoe de wet hier de bevoegdheid geeft, is ongetwijfeld de vernietiging der handelingen, waartegen wordt opgekomen. Ik geloof, dat dit in al zijne algemeenheid gelden moet; en eene beperking tot de terugkeering in den boedel van regten, wier uitoefening den schuldeischer niet is ontzegd (3), in het Fransche regt misschien niet ongegrond, naar onze wet niet kan worden aangenomen. Hier is geen sprake van uitoefening der regten van den schuldenaar, maar alleen van vernietiging van handelingen, waardoor deze de regten der schuldeischers verkortte, en na wier vernietiging de zaken in den ouden staat zijn teruggebragt. Alleen zal men hun, die ten gevolge der vernietigde handeling eenig goed bezeten hebben, dezelfde regten moeten toekennen, die de wet geeft aan de bezitters te goeder of te kwader trouw, naarmate zij met deze of met gene moeten worden gelijk gesteld (4).

576. De wet kent de bevoegdheid toe aan de schuldeischers. Het is volstrekt niet noodig, dat de gezamenlijke schuldeischers zich daar-

---

(1) Duranton, X, n. 586. Verg. Gelderland 15 April 1841, *W.* 198; Groningen 1 Nov. 1842, *R. in N.*, III, bl. 374 en v. — (2) Zie echter toullier, VI, n. 349 en v., 555; zachariae, I, § 313, bl. 333 en n. 1; v. hengelaar, bl. 71. — (3) Zie zachariae, I, § 313, bl. 332 en n. 2. — (4) Verg. zachariae, I, § 313, bl. 334.

toe vereenigen. Veeltijds zullen niet aller regten door dezelfde handeling verkort worden; maar ook voor zoo ver dit het geval mogt zijn, is zoodanige vereeniging niet noodig, en kan ieder schuldeischer, gelijk het Ontwerp van 21 October 1829 uitdrukkelijk zeide (1), afzonderlijk in regten optreden. De wet toch spreekt algemeen. Diezelfde algemeenheid omvat dan ook alle soorten van schuldeischers, hypothecaire en chirographaire, bevoorregte en niet bevoorregte (2).

577. Eene beperking tot zoodanige schuldeischers, wier schuldvorderingen ouder zijn dan de handeling, waartegen zij willen opkomen, is echter een noodzakelijk gevolg daarvan, dat geene handeling de regten van iemand als schuldeischer kan verkorten, die geen schuldeischer is, al mogt hij het later ook worden. Wanneer echter de handeling op de vordering van bevoegde schuldeischers is vernietigd, moeten alle, ook de latere daarvan, voor zoo veel de aard der zaak dit medebrengt, de vruchten trekken (3).

578. De schuldeischers, die tegen de bedoelde handelingen opkomen, moeten dit, gelijk art. 1377 *a* B. W. uitdrukkelijk zegt, doen in hun' eigen naam. Geheel anders dan in het geval van art. 1166 C. N., worden hier geene regten van den schuldenaar door de schuldeischers uitgeoefend, en deze behoeven dus ook geene magtiging daartoe; zij doen, hetgeen zij doen, in hun eigen belang en krachtens eene bevoegdheid, die de wet hun zelven toekent (4).

579. Art. 1377 *a* B. W. verbindt voorts aan de verleende bevoegdheid deze voorwaarde: „mits zij (de schuldeischers) zich overigens gedragen naar de voorschriften der wet, overeenkomstig den aard der handelingen waartegen zij willen opkomen.” Daarvan toch is de wijze, waarop hare vernietiging gevorderd moet worden, afhankelijk.

580. Wat den duur der actie betreft, deze is hier niet bepaald, en vindt zijne bepaling evenmin in art. 1490 B. W. (5), waar een geheel ander onderwerp behandeld wordt. Van den gewonen tijd van 30 jaren is hier dus niet afgeweken (6). Wij merken alleen nog op, dat de regtsvordering tot nietig-verklaring eener schenking, gedaan door iemand, die later is gefailleerd en tijdens de schenking van den nadeeligen staat zijns boedels kennis droeg, volgens art. 776 *b* W. v. K. vervalt, zoodra de rekening van de curators naar aanleiding van art. 885 zal zijn afgelegd.

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 66. — (2) ZACHARIAE, I, § 313, bl. 330 en v. Verg. ook Utrecht 6 Sept. 1847, *W.* 844. — (3) Verg. DURANTON, X, n. 573 en v.; ZACHARIAE, I, § 331 en v. en n. 10, 1; MARCADÉ, IV, n. 501 en v. — (4) ZACHARIAE, I, § 313, bl. 331 en n. 2. — (5) Zie DURANTON, X, n. 584 en v.; zoo ook in de 1e uitg. — (6) ZACHARIAE, I, § 313, bl. 334; MARCADÉ, IV, n. 503.

581. De actie is dan ook niet beperkt tot den schuldenaar en hen, die met hem gehandeld hebben, zelve, maar kan ook tegen hunne erfgenamen worden ingesteld. Wat hen betreft, op wie later de goederen of regten zijn overgegaan, of die eenig zakelijk regt daarop hebben verkregen, te hunnen aanzien schijnt men dezelfde onderscheiding niet te kunnen volgen, die art. 1377 *b* en *c* B. W. aan de hand geven, maar in het algemeen de bepaling van art. 1377 te moeten laten werken ten behoeve der schuldeischers, omdat, hoe ook de latere regtverkrijgenden te goeder trouw mogen zijn geweest, zij echter hun regt geheel ontleenen aan hen, die zelve geen geldig regt bezaten, zoodat ook hier moet gelden de regel: „nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet" (1).

AFDEELING IV.

Van de uitlegging der overeenkomsten.

582. Wanneer de overeenkomst der partijen op eene duidelijke wijze is uitgedrukt, vindt hare toepassing geene zwarigheid. Waar het anders is, moet men door uitlegging hare beteekenis vaststellen, tenzij mogt blijken, dat er dwaling heeft bestaan, zoodat er werkelijk geen overeenstemmende wil, en mitsdien geene overeenkomst tusschen partijen is aangegaan. Dit wordt echter niet verondersteld, noch zonder bepaald bewijs aangenomen. In den regel moet dus door uitlegging de beteekenis van minder duidelijk uitgedrukte overeenkomsten gevonden worden (2). Dat eenvoudige schrijffouten hierbij niet in aanmerking komen, spreekt wel van zelf (3).

583. Die uitlegging is, voor zoo ver zij voor de beslissing van een geding noodig is, de taak van den regter. Wat geen zin heeft, kan door hem niet worden uitgelegd, en moet dus als niet bestaande beschouwd worden (4). De wet veronderstelt dan ook in deze afdeeling, dat de bewoordingen der overeenkomst dubbelzinnig, of wel, wat hetzelfde zegt, voor tweederlei zin of voor onderscheidene uitleggingen vatbaar zijn. In dit geval mag de regter ook op grond van de duisterheid der overeenkomst, die tusschen partijen geldt als wet, niet weigeren regt te spreken.

---

(1) ZACHARIAE, I, § 313, bl. 333 en v. en n. 9. Anders DURANTON, X, n. 581—583. — (2) Verg. B. W. BLIJDENSTEIN, *De conventionum interpretatione secundum jur. Rom. principia* (Leyden 1833), bl. 5 en v., 52. — (3) TOULLIER, VI, n. 331. — (4) TOULLIER, VI, n. 332.

584. De wetgever heeft in deze afdeeling eenige regels vastgesteld, waardoor de regter zich bij de uitlegging der overeenkomsten moet laten leiden (1). In hoe ver die regels, en welke van deze in ieder geval van toepassing zijn, staat ook ter beoordeeling van dezen. Ik geloof echter niet, dat het juist is, ze daarom als bloote raadgevingen te beschouwen, naar welke de regter zich naar goedvinden al of niet kan rigten (2). Ze zijn als wetsbepalingen voorgeschreven, en moeten daarom, mijns bedunkens, ook de kracht van wettelijke bepalingen hebben, waarvan de regter, zoo dikwijls een dier regels toepasselijk is, niet mag afwijken. Zijne uitlegging eener overeenkomst volgens de hier voorkomende wetsbepalingen is daarom, naar mijn inzien, tevens eene toepassing dier wetsbepalingen; en ik acht daarom ook de jurisprudentie van den hoogen raad (3), die de uitlegging van overeenkomsten als eene quaestio facti beschouwt, waarop in cassatie niet kan worden teruggekomen, aan gegronde bedenking onderworpen (4).

585. Aan het hoofd dier wetsbepalingen staat art. 1378 B. W.: „Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken." Dit beginsel, door ASSER de hoeksteen van het stelsel der uitlegging van overeenkomsten genoemd, is op den voorgrond gesteld „om des regters magt niet in willekeur te doen ontaarden, en hem te beletten zijnen wil in de plaats van dien der contractanten te stellen, door overeenkomsten uit te leggen, die uit hoofde van derzelver duidelijkheid en ondubbelzinnigheid voor geene verschillende uitlegging vatbaar zijn" (5). Men moet dus de woorden der overeenkomst in hunne natuurlijke en gewone beteekenis opvatten, zoolang de overeenkomst zelve niet aanwijst, dat aan eenig woord een andere zin gehecht moet worden (6). Aan de bepaling van art. 1375 B. W. wordt door art. 1378 geenszins te kort gedaan: het eerste regelt de werking van overeenkomsten, wier zin zeker is, het andere de uitlegging (7). De ruimere bevoegdheid, in dezen aan

---

(1) De Regering zeide, tijdens de beraadslaging, dat art. 1378 B. W. „zoo wel op den regter als op de partijen toepasselijk is." Ik geloof echter, dat deze bepalingen vooral voor den regter zijn gemaakt. — (2) Zie TOULLIER, VI, n. 333. Verg. BLIJDENSTEIN, bl. 11 en v. — (3) Zie o. a. H. R. 30 Junij 1847, *W.* 844 en 845; 14 Junij 1850, *W.* 1143; 21 Febr. 1851, *W.* 1220; 31 Dec. 1852, *W.* 1410; 3 Dec. 1852, *W.* 1469, waarbij echter teregt de uitzondering is gevoegd: tenzij mogt blijken, dat de regter daarbij de wettelijke bepalingen omtrent de uitlegging der overeenkomsten zelve mogt hebben miskend of geschonden. Verg. voorts WEBER, *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung*, bl. 18 en v., 2, § 4. — (4) Verg. OPZOOMER, III, bl. 40 en v. — (5) ASSER, § 708; VOORDUIN, V, bl. 67 en v.; DE PINTO, II, § 736, bl. 381; 3e uitg. § 790, bl. 477. Verg. arr. Utrecht 3 Dec. 1841, *W.* 256. — (6) TOULLIER, VI, n. 309 en v., 315. — (7) ZACHARIAE, I, § 347, bl. 387, n. 2.

den regter gegeven door art. 1156 C. N. (1), 'twelk overeenkomt met art. 1379 B. W. met uitzondering van den aanhef van het laatste, is overigens ook door dien aanhef beperkt tot het geval, dat de bewoordingen der overeenkomst voor onderscheidene uitleggingen vatbaar zijn (2).

586. In dat geval moet men, volgens art. 1379 B. W., veeleer nagaan, welke de bedoeling der handelende partijen geweest zij, dan zich aan den letterlijken zin der woorden te binden. Art. 1156 C. N. spreekt van *commune* intention; art. 1405 Wetb. van 1830 had: *wederzijdsche* bedoeling; bij de herziening was voorgesteld: *gemeene* bedoeling, maar werd het woord *bedoeling*, zonder bijvoeging, voldoende geacht (3). En daar het eene overeenkomst geldt, is het wel niet twijfelachtig, dat beider bedoeling hier in aanmerking moet komen. Die bedoeling moet, waar sommige bewoordingen minder duidelijk zijn, uit den zamenhang van het geheel worden afgeleid (4).

587. Art. 1384 B. W. bepaalt ook, dat alle bedingen, in eene overeenkomst gemaakt, in hun verband moeten genomen, en het eene door het andere uitgelegd worden, en dat ieder beding in dien zin moet worden opgevat, welken het geheele beloop der overeenkomst medebrengt. Men moet hier aan het woord *bedingen* geene te bepaalde beteekenis hechten; daardoor wordt hetzelfde te kennen gegeven, als door het woord *clause* in art. 1161 C. N., namelijk iedere afzonderlijke bepaling, die in het geheel is vervat. De wetgever veronderstelt hier niet zoo zeer eene ondubbelzinnigheid in eene afzonderlijke bepaling der overeenkomst op zich zelve beschouwd, als wel eene dubbelzinnigheid in verband met de andere bepalingen en dus uit de vereeniging van deze ontstaande. Het geheel beloop der overeenkomst moet dan den zin der afzonderlijke bepalingen nader bepalen (5).

588. Ditzelfde beginsel ligt ook ten grondslag aan de bepaling van art. 1386 B. W.: „Hoe algemeen ook de bewoordingen zijn waarin eene overeenkomst aangegaan is, omvat dezelve echter alleen die zaken waaromtrent het blijkt dat partijen voornemens waren te behandelen" (6). Men moet natuurlijk deze woorden niet in dien zin opvatten, alsof eerst van elders zou moeten blijken, over welke zaken partijen wilden handelen, vóórdat hare overeenkomst op eenige zaken

---

(1) Verg. TOULLIER, VI, n. 305, 307 en v. Verg. DURANTON, X, n. 506 en v.; MALLEVILLE, op art. 1156 C. N., III, bl. 48 en v. — (2) Verg. OPZOOMER, III, bl. 43 en v. — (3) VOORDUIN, V, bl. 69. Verg. TOULLIER, VI, n. 306, 317. — (4) Verg. POTHIER, n. 91; DURANTON, X, n. 505, 507; BLIJDENSTEIN, bl. 17 en v., 47. Zie ook Gelderland 14 Jan. 1852, *N. R. B.*, II, bl. 566 en v. — (5) Verg. POTHIER, n. 96; TOULLIER, VI, n. 318; DURANTON, X, n. 525. — (6) POTHIER, n. 98; DURANTON, X, n. 526; MARCADÉ, IV, n. 473. Verg. OPZOOMER, III, bl. 45 en v.

kan worden toegepast; de bedoeling is, dat, wanneer het blijkt, dat partijen bepaaldelijk over eenig punt wilden handelen, om de algemeenheid der bewoordingen, waarin zij de overeenkomst hebben vervat, aan deze geen meer uitgebreide strekking moet worden gegeven. Men vindt overigens eene toepassing van art. 1386 in art. 1891 en v. B. W.

589. Van gelijke strekking is art. 1387 B. W. „Indien men in eene overeenkomst een geval heeft uitgedrukt, om de verbindtenis duidelijk te maken, wordt men niet geacht daardoor te hebben willen inkorten en beperken de naar regten verbindende kracht, welke de overeenkomst in de niet uitgedrukte gevallen heeft." De wet veronderstelt, dat een geval, of wel in het algemeen eenig bijzonder punt duidelijkheidshalve, en ter voorkoming van onzekerheid, die deswege misschien tusschen partijen zou kunnen ontstaan, is uitgedrukt, en heeft dus willen beletten, dat daardoor tegen der partijen bedoeling de wettelijke gevolgen der overeenkomst zouden worden beperkt (1). Waar de uitdrukking van eenig bijzonder punt werkelijk zoodanige beperking bedoelde, en niet alleen ter verduidelijking werd gebezigd, daar mist deze bepaling hare toepassing.

590. „Indien een beding voor tweederlei zin vatbaar is, moet men het veeleer opvatten in den zin waarin hetzelve van eenige uitwerking kan zijn, dan in dien zin waarin het geen het minste gevolg zoude kunnen hebben"; art. 1380 B. W. Partijen hebben door het aangaan der overeenkomst getoond, dat zij iets wilden vaststellen; men moet haar dus niet opvatten in een' zin, die tot niets zou leiden, wanneer men haar ook zoo kan opvatten, dat zij de bedoelde gevolgen heeft (2). Vatbaarheid voor tweederlei zin is dus ook hier een vereischte. En de bepaling komt niet alleen te pas, wanneer de opvatting in den eenen zin geheel tot niets zou leiden, maar ook wanneer de overeenkomst, aldus opgevat, met de wetten of met de goede zeden zou strijden, en uit dien hoofde nietig en zonder gevolg zou zijn (3). Waar echter blijkt, dat partijen werkelijk niets hebben willen bedingen, maar slechts in schijn eene overeenkomst hebben gemaakt, mag men hare bedoeling evenmin geweld aandoen, door eene niet bedoelde opvatting aan te nemen; art. 1379 B. W. gaat vóór en ook boven art. 1380 (4).

591. Voorts moeten, volgens art. 1381 B. W., de voor twee-

---

(1) Pothier, n. 100; malleville, op art. 1164 C. N., III, bl. 50; toullier, VI, n. 329 en v.; duranton, X, n. 527; marcadé, IV, n. 474; blijdenstein, bl. 49 en v.; schüller, op art. 1387 B. W. — (2) Pothier, n. 92; toullier, VI, n. 321; duranton, X, n. 508 en v.; marcadé, IV, n. 468; blijdenstein, bl. 31 en v. — (3) Duranton, X, n. 509, 511. — (4) Duranton, X, n. 510.

derlei zin vatbare bewoordingen opgevat worden in den zin, die met den aard der overeenkomst het meest overeenstemt. Zoo zou, waar, bij een' verkoop van vruchtgebruik, de vruchtgebruiker belast werd met het onderhoud, niet aan de grove reparatiën gedacht moeten worden, tenzij bleek, dat de bedoeling eene andere is geweest (1). De wet spreekt van den aard der overeenkomst, als handeling op zich zelve beschouwd; daar echter het geheele voorschrift slechts strekt tot bepaling van de bedoeling der partijen, mag hetzelfde ook worden aangenomen ten aanzien van den aard van het onderwerp der overeenkomst en van de hoedanigheid, in welke de partijen gehandeld hebben (2).

592. Hetgeen ook zoo nog dubbelzinnig is, moet, volgens art. 1382 B. W., uitgelegd worden naar hetgeen gebruikelijk is in het land of op de plaats, waar de overeenkomst is aangegaan. Dat gebruik toch mag geacht worden partijen voor den geest te hebben gestaan; en zoo nu hare bedoeling niet duidelijk is uitgedrukt, moeten zij gerekend worden in overeenstemming daarmede gehandeld, en eene nadere aanduiding overbodig geacht te hebben, omdat het gebruik allen twijfel wegneemt (3). Het spreekt voorts van zelf, dat art. 1382 B. W. alleen daar van toepassing kan zijn, waar de woorden dubbelzinnig zijn (4) en omtrent het niet bepaalde punt een vast en doorgaand gebruik bestaat (5).

593. Dat art. behelst ook een' regel van uitlegging voor hetgeen dubbelzinnig is uitgedrukt. Art. 1383 B. W. bepaalt, dat bestendig gebruikelijke bedingen geacht worden stilzwijgend in de overeenkomst te zijn begrepen, schoon ze daarbij niet zijn uitgedrukt (6). Dit behoort echter niet tot de uitlegging, maar tot de werking der overeenkomsten, en was dan ook na art. 1375 B. W. overbodig (7).

594. Wanneer alle genoemde regels van uitlegging geene zekerheid geven, kan nog art. 1385 B. W. tot eene beslissing leiden, volgens hetwelk, in geval van twijfel, eene overeenkomst wordt uitgelegd ten nadeele van dengene, die iets bedongen, en ten voordeele van hem, die zich verbonden heeft. Dit geldt niet alleen waar schuldeischer en schuldenaar bepaald tegen elkander overstaan, maar ook bij overeenkomsten onder bezwarenden titel, ten aanzien van hetgeen de eene partij van de andere gevorderd heeft, over en weder. Die iets bedingen wil, moet zorgen, dat dit genoegzaam in de overeen-

(1) POTHIER, n. 93; TOULLIER, VI, n. 322; DURANTON, X, n. 512, 515; MARCADÉ, IV, n. 469; BLIJDENSTEIN, bl. 38 en v.; SCHÜLLER, op art. 1381 B. W. — (2) DURANTON, X, n. 513 en v. — (3) POTHIER, n. 94; TOULLIER, VI, n. 319; DURANTON, X, n. 381, 516; BLIJDENSTEIN, bl. 44 en v. — (4) DE PINTO, II, 3e uitg. § 790, 6, bl. 478. — (5) DURANTON, X, n. 517. — (6) POTHIER, n. 95; DURANTON, X, n. 521 en v. — (7) ZACHARIAE, I, § 347, bl. 387, n. 1. Verg. hierboven n. 554.

komst worde uitgedrukt; anders heeft hij het zich zelven te wijten (1). Art. 1385 is een noodzakelijk gevolg van art. 1902 B. W. Daar toch ieder, die zich op eenig beding beroept, het bestaan van zoodanig beding in zijn voordeel bewijzen moet, maar dat bewijs niet aanwezig is waar nog twijfel bestaat, zoo kan de vordering van hem, die bedongen heeft, niet opgaan boven hetgeen zeker is, en moet de beslissing noodwendig zijn ten voordeele van hem, die zich verbonden heeft.

595. Art. 1385 B. W. kan dus eigenlijk niet als een regel van uitlegging beschouwd worden. De uitlegging strekt om de bedoeling der partijen te bepalen, waar de woorden die niet duidelijk aanwijzen; art. 1385 spreekt van geen bedoeling der partijen, maar veronderstelt, dat deze onzeker, dat er twijfel is. En hiertoe is het niet voldoende, dat de woorden der overeenkomst niet duidelijk zijn; de twijfel moet ook niet door uitlegging worden opgeheven. Men mag dus niet alleen op grond van art. 1385 B. W. aan de bewoordingen der overeenkomst geen geweld aandoen, maar die bepaling is tevens ondergeschikt aan al de regels van uitlegging, die hier zijn voorgeschreven. En waar de bewoordingen voor onderscheidene uitleggingen vatbaar zijn, moet men nagaan, welke de bedoeling der handelende partijen geweest zij, en het beding opvatten in den zin, waarin het van eenige uitwerking kan zijn, al leidde zoodanige uitlegging ook tot voordeel van hem, die bedongen, en tot nadeel van hem, die iets beloofd heeft (2).

---

(1) POTHIER, n. 97; TOULLIER, VI, n. 323; DURANTON, X, n. 518—520; MARCADÉ, IV, n. 471; BLIJDENSTEIN, bl. 53; SCHÜLLER, op art. 1385 B. W. — (2) TOULLIER, VI, n. 325 en v.; BLIJDENSTEIN, bl. 18 en v., 27, 34 en v., 53, 72 en v.

DERDE TITEL.

Van verbindtenissen, die uit kracht der wet geboren worden.

§.

Inleiding.

596. Wij hebben, bij de behandeling van de bronnen der verbindtenissen (1), reeds gezien, dat deze ontstaan òf uit overeenkomst òf uit de wet; gelijk ook, dat, volgens art. 1388 B. W., de verbindtenissen, die uit kracht der wet geboren worden, voortspruiten òf uit de wet alleen, òf uit de wet ten gevolge van 's menschen toedoen (2). Over die, welke uit de wet alleen voortvloeijen, is vooral gehandeld in de twee eerste boeken van dit Wetboek, gelijk art. 1415 Wetb. van 1830 noodeloos herinnerde. De bepaling van art. 1388 sluit geheel aan die van art. 1269 B. W. en vindt dus teregt eene plaats in de wet (3).

597. De wet, waaruit eene verbindtenis ontstaan zal, hetzij regtstreeks, hetzij ten gevolge van 's menschen toedoen, is de bestaande wetgeving des lands. Het natuurregt, ook wel de natuurlijke wet genoemd, kan als zoodanig niet in aanmerking komen (4). De wet zal veelal overeenkomstig dat regt zoodanige verbindtenissen vaststellen, maar zij kan niet als eene uit haar ontstaande verbindtenis beschouwen, wat alleen in het natuurregt, niet in de wet gegrond zou zijn. Er is alzoo eene uitdrukkelijke wetsbepaling noodig, niet slechts om alleen, maar ook om ten gevolge van 's menschen toedoen eene verbindtenis

(1) Zie hierboven n. 12 en v. — (2) Verg. TOULLIER, XI, n. 11 en v.; POTHIER, n. 123. — (3) Verg. VOORDUIN, V, bl. 73. — (4) Verg. echter POTHIER, n. 123; H. M. VAN ECK, *De obligationibus, quae quasi ex contractu nascuntur ex juris Rom. et hod. praeceptis* (Deventer 1833), bl. 32 en v.

te doen ontstaan. Men mag hier geene fingeren, die niet bestaat. Er is wel eens gesproken van eene uit kracht der wet geboren verbindtenis om iets niet te doen, daarin bestaande, dat men zich jegens anderen geene onregtmatige daad mag veroorloven, zoodat de verpligting, waarvan art. 1401 B. W. spreekt, slechts een gevolg zou zijn van eene overtreding dier verbindtenis om niet te doen (1); maar, gelijk ook reeds elders is aangemerkt, die negatieve verbindtenis is nergens in de wet geschreven, en het *neminem laedere* is even als het *honeste vivere* slechts een zedelijk voorschrift, dat enkel als zoodanig in regten geene kracht kan hebben (2).

598. De verbindtenissen, die uit de wet ten gevolge van 's menschen toedoen ontstaan, spruiten even als de andere uit de wet voort, zijn geheel op de wet en op haar alleen gegrond, maar ontstaan daaruit ter gelegenheid van eenige daad. Zij ontstaan niet uit die daad zelve; hetzij deze eene geoorloofde of ongeoorloofde is, zij kan op zich zelve geene verbindtenis scheppen; eene ontvreemding, waardoor wij ons denken te verrijken, kan op zich zelve ons niet verpligten tot schadeloosstelling van hem, wien wij beroofden, en wanneer art. 1401 B. W. zegt, dat de onregtmatige daad in de verpligting stelt, dan is dit slechts de uitdrukking des wetgevers, die dat gevolg uit kracht der wet aan die daad verbonden doet zijn. Maar wanneer de daad heeft plaats gehad, wordt onmiddellijk ook de verbindtenis geboren uit kracht der wet, die haar aan die daad verbindt (3).

599. Onze wet spreekt van 's menschen toedoen; en hetzij men aan deze uitdrukking die algemeene beteekenis wil geven, dat zij handeling en nalatigheid beide omvat, hetzij men ook hier even als bij art. 1389 eene daad bedoelde, maar daarmede de gelijke gevolgen der nalatigheid niet uitsloot, in allen gevalle is zij juister dan die van art. 1370 C. N., hetwelk spreekt van een » fait personnel á celui qui se trouve obligé". Behalve toch, dat zoodanig fait personnel niet bestaat waar men, volgens art. 1403 B. W., verpligt is tot vergoeding van schade, veroorzaakt door de daad van anderen, voor wie men aansprakelijk is, doet ook de negotiorum gestio niet alleen aan zijde van hem, die eens anders belangen heeft waargenomen, maar evenzeer aan zijde van hem, wiens belangen waargenomen zijn, verpligtingen geboren worden (4). Volkomen juist schijnt echter ook de nu gebezigde uitdrukking niet te zijn. Juister ware het misschien te te spreken van verbindtenissen, uit de wet ontstaande ten gevolge

---

(1) Zie SCHÜLLER, op art. 1401 B. W.; S. M., in *R. B.*, IX, bl. 749 en v. — (2) Verg. D. AM. V. D. HOEVEN, in *R. B.*, X, bl 79. — (3) Verg. TOULLIER, XI, n. 8; VAN ECK, bl. 39 en v. — (4) Verg. TOULLIER, XI, n. 9; DURANTON, XIII, n. 629; V. ECK, bl. 40 en v.

van eenige daad of nalatigheid of van eenig voorval. In de gevallen van art. 1403 B. W. kan er sprake zijn van 's menschen toedoen, ofschoon daar geene daad van eene der verbondene partijen bedoeld wordt. Maar de verantwoordelijkheid voor schade door dieren veroorzaakt, of door de geheele of gedeeltelijke instorting van een gebouw, schijnt bezwaarlijk op 's menschen toedoen gegrond te kunnen zijn (1).

600. Voor zoo ver de verbindtenissen, welke uit kracht der wet geboren worden, daaruit voortspruiten ten gevolge van 's menschen toedoen, vloeijen zij, volgens art. 1389 B. W., voort òf uit eene regtmatige, òf uit eene onregtmatige — het Ontwerp van 21 October 1824 sprak van geoorloofde en wederregtelijke (2) — daad; terwijl men hier noodwendig niet alleen aan daden, maar ook aan het nalaten van eenige handeling te denken heeft (3). Wanneer men intusschen bedenkt, dat regtmatige en onregtmatige daden beide evenzeer verbindtenissen doen ontstaan, maar beide ook slechts zoodanige als de wet vaststelt, dan schijnt het, dat die meer leerstellige onderscheiding in de wet veilig gemist had kunnen worden.

601. Voor het overige is, gelijk wij reeds vroeger zagen, de door onzen wetgever gebezigde onderscheiding te verkiezen boven die van den C. N., waar gesproken wordt van *quasi-contrats, délits et quasi-délits* (4). De bedoelde verbindtenissen ontstaan uit de wet, zonder dat het noodig is bij de regtmatige daden het bestaan eener overeenkomst te fingeren; eene fictie, die trouwens geheel willekeurig zou zijn, omdat het aan geen twijfel onderhevig is dat er geen overeenkomst bestaat. De wet behoeft zoodanige fictiën niet, waar zij beveelt. En zoo behoeft ook bij de onregtmatige daden aan geene overtreding van eenige verbindtenis om niet te doen gedacht te worden. De uitspraak der wet is de zekerste grond voor verbindtenissen. Hare bepalingen zijn weder gegrond op het algemeen belang (5).

602. De verbindtenis volgt uit kracht der wet op de regtmatige of onregtmatige daad, zonder dat er iets anders tot hare werking noodig is. Bepaaldelijk behoeft hij, die op haar eenige vordering grondt, deze niet door eene ingebrekestelling te laten voorafgaan, omdat art. 1279 B. W., een geheel ander onderwerp behandelende, die ingebrekestelling niet vordert voor eenen eisch tot nakoming der ver-

---

(1) Verg. TOULLIER, XI, n. 9; VAN ECK, bl. 40 en v. — (2) VOORDUIN, V, bl. 74. — (3) SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1389 B. W. — (4) Zie hierboven n. 19 en v. Verg. TOULLIER, VI, n. 10, 14, 18 en v.; MARCADÉ, op art. 1370 C. N., V, bl. 234 en v., 242 en v., 263 en v.; VAN ECK, bl. 4 en v. en passim; mr. J. VAN BELL, in *Themis*, 2, III, bl. 276 en v.; VOORDUIN, V, bl. 71 en v.; ASSER, § 709. DE GROOT, III, 38, spreekt van *misdaet door wetduiding*. — (5) Verg. TOULLIER, XI, n. 16; VAN ECK, bl. 45 en v. Verg. POTHIER, n. 114.

bindtenis, maar alleen voor dien tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, uit de niet-nakoming der verbindtenis, ook van die welke uit de wet ontstaat, voortspruitende (1).

603. Onze wetgever behandelt, in navolging van den C. N., slechts twee verbindtenissen, welke uit de wet ontstaan ten gevolge eener regtmatige daad, die tusschen den negotiorum gestor en hem, wiens belangen hij heeft waargenomen, en die tusschen hem, die onverschuldigd heeft betaald, en hem, wien alzoo betaald is. Dat er ook andere zijn, is niet twijfelachtig, wanneer men de nevenverbindtenissen daartoe brengt, die de wet, volgens de bepalingen der volgende titels, tusschen partijen vaststelt, zonder dat ze uit de overeenkomst zelve voortvloeijen. Ik geloof echter niet, dat men ook daar, waar de wet niet beslist, zoodanige verbindtenis mag aannemen, in welke mate ook in elk bijzonder geval de billijkheid haar aannemelijk mogt maken (2). Altoos toch behoort in het oog te worden gehouden, dat art. 1388 en v. B. W. op den voorgrond stellen eene verbindtenis, welke uit kracht der wet geboren wordt, en dat geene verbindtenis uit de wet kan ontstaan, zonder dat de wet spreekt.

604. In het Wetb. van 1830 bevatte deze titel eene eerste afdeeling met algemeene bepalingen; eene tweede handelde van de verbindtenissen, die uit eene regtmatige daad voortvloeijen, en eene derde afdeeling van de verbindtenissen uit eene onregtmatige daad voortvloeijende. Bij de herziening is deze indeeling afgeschaft, volgens de memorie van toelichting, omdat hierdoor »de ongelegenheid wordt uit den weg geruimd van art. 1398 en 1399, die van eene te kwader trouw onverschuldigd ontvangen zaak spreken, in eene afdeeling te plaatsen, welke ten opschrift voert: van de verbindtenissen, die uit eene *regtmatige* daad voortvloeijen" (3).

§ 2.

Van de verbindtenis, die uit de waarneming van eens anders belangen ontstaat.

605. Dat iemand eens anders zaken waarneemt en voor diens belangen zorgt, is veelal een gevolg eener reeds tusschen beiden bestaande betrekking, van maritale magt, voogdij of curatele, van lastgeving of ook van eenigen ambtspligt enz., en de gevolgen hangen dan

(1) Verg. hierboven n. 76, 92; D. AM. V. D. HOEVEN, in *R. B.*, X, bl. 80. Zie echter 2de kgr. Amsterdam 24 Junij 1847, *R. B.*, XI, bl. 563 en v.; S. M. ald., bl. 746 en v. — (2) Zie TOULLIER, XI, n. 112; VAN ECK, bl. 72; DE PINTO, II, § 739, bl. 383; 3e uitg. § 793, bl. 479. Verg. OPZOOMER, II, bl. 229 en v.; MARCADÉ, op art. 1371 C. N., n. II, V, bl. 246 en v. — (3) VOORDUIN, V, bl. 72 en v. Verg. ASSER, § 710.

van die betrekking af. Men kan echter ook zonder eenige voorafgaande betrekking, die daartoe verbindt of aanleiding geeft, iemands zaken waarnemen; en dan wordt die waarneming, gewoonlijk negotiorum gestio of zaakwaarneming genoemd, de bron eener verbindtenis; of wel er ontstaat, door en ten gevolge van die waarneming, uit kracht der wet eene verbindtenis, die de wet in art. 1390—1394 B. W. heeft geregeld. Men heeft haar voorgesteld als gegrond op eene veronderstelde toestemming der beide partijen; maar dan zou zij niet kunnen bestaan, zoo dikwijls niet beide partijen bekwaam zijn om eene geldige toestemming te geven. Er is ook gesproken van de billijkheid, die eischt, dat niemand ten koste van een' ander bevoordeeld worde; maar hiermede zou de strekking der verbindtenis slechts voor een gedeelte verklaard zijn. Gegrond in de wet, vindt zij hare verklaring in het belang, 'twelk er voor het maatschappelijk verkeer in gelegen is, dat op eene wettige wijze en met bepaalde regten en verpligtingen eens anders zaken ook zonder lastgeving kunnen worden waargenomen (1).

606. Art. 1390 *a* B. W. spreekt van de waarneming van eens anders zaak. Men moet hieronder niet alleen de waarneming van ééne of meer zaken verstaan, gelijk ULPIANUS (2) zegt: „negotia sic accipe, sive unum sive plura"; maar de gebezigde uitdrukking omvat tevens alle soorten van zaken, die uit haren aard of naar de bepalingen der wet door den een voor den ander kunnen waargenomen worden. Het woord *zaak*, dat ook in art. 1390 *b*, 1391, 1392 *b* en 1394 voorkomt, is voorts blijkbaar van gelijke beteekenis met *belangen*, gelijk het daarmede ook in art. 1390 *a* zelf, in art. 1391 en 1393 B. W. wordt afgewisseld (3); even als voor *waarneming* in art. 1391 en 1392 *a* B. W. gebezigd wordt het woord *beheer*, als daarmede van gelijke beteekenis.

607. Het spreekt van zelf, dat zoodanige verbindtenis slechts kan ontstaan, waar men *eens anders* zaak waarneemt. Dit is hier een hoofdvereischte, 'twelk aanwezig is, zoo dikwijls, hetgeen verrigt werd, niet de zaak is van hem, die het verrigtte, daar hij het noch als eigenaar deed, noch in eenige andere betrekking tot de zaak, noch ten gevolge van eenige op hem rustende verpligting. Dat vereischte is ook dan aanwezig, wanneer men, met een' ander eigenaar van eenige zaak zijnde, iets voor zich zelven en den medeeigenaar tevens verrigt; het is dan eens anders zaak, voor zoo veel het belang van dezen betreft (4). Dat vereischte is voorts aanwezig,

---

(1) DURANTON, XIII, n. 635; E. CHAMBON, *Die Negotiorum gestio* (Leipzig 1848), bl. 1 en v. Verg. voorts *N. Bijdr. v. R. en W.*, VI, bl. 372—389. — (2) L. 3, § 2 D., *de negotiis gestis* (III, 5). — (3) Verg. DURANTON, XIII, n. 658, 660 en v. — (4) Verg. V. SAVIGNY, *Obligr.*, I, bl. 236 en v.

ook zonder dat men met het oog op een' bepaald persoon heeft gehandeld, of weet aan te wijzen, wiens belang men heeft waargenomen (1); de wet vordert dit niet, en ook wanneer men meende zijn eigen zaak waar te nemen, moet meer gelden wat geschied, dan wat gemeend is. Zoo het geen eigen zaak is, moet het die van een' ander wezen (2). Die ander wordt in den C. N *propriétaire* en *maître* genoemd; onze wetgever heeft deze uitdrukkingen niet gebezigd; omdat zij ongepast schenen, daar hij, wiens belang door een' ander wordt waargenomen, geen eigenaar of meester behoeft te wezen, en de bepaling evenzeer ziet op den huurder, pachter, lasthebber enz. (3).

608. Er wordt voorts gevorderd, dat men gehandeld hebbe zonder daartoe krachtens eenige vooraf bestaande verbindtenis of wettelijke betrekking verpligt te zijn. Dit toch is de strekking van het woord *vrijwillig* in art. 1390 *a*; waaruit niet volgt, dat eene waarneming van eens anders belangen uit dwaling, terwijl men meende voor zich zelven of voor een' derde te handelen, daardoor zou zijn uitgesloten. Men heeft daardoor uitgesloten het geval, dat er buiten lastgeving, eene verpligting tot de waarneming bestond (4); gelijk verder uitdrukkelijk wordt gevorderd, dat men gehandeld hebbe zonder daartoe last te hebben bekomen.

609. Dit laatste maakt juist het onderscheid uit tusschen de hier behandelde zaakwaarneming en de handeling krachtens lastgeving. Daartoe is het voldoende, dat er geene regtsgeldige lastgeving bestaat, die als bron eener verbindtenis werken kan; hij, die gehandeld heeft ten gevolge eener onbestaanbare lastgeving, heeft in het oog der wet zonder last gehandeld, en valt dus in de termen van art. 1390 B. W. Te meer geldt dit van hem, die gehandeld heeft ten gevolge eener vermeende, maar inderdaad niet bestaande lastgeving. Ook wordt iemand, die werkelijk lasthebber is, daardoor niet belet, bij wijze van zaakwaarneming andere belangen van den lastgever waar te nemen; zoo kan zelfs de overschrijding van den last in de hier be-

---

(1) Verg. v. SAVIGNY, *Obligr.*, II, bl. 32, n. *aa;* mr. CLANT, *W.* 1499, bl. 2 *a*; FABER v. RIEMSDIJK, *W.* 1501. Anders METMAN, *W.* 1499, bl. 3, 1601; Rotterdam 24 Maart 1852, H. R. 27 Oct. 1854, *N. R. B.*, V, bl. 198 en v.; verg. bl. 204; Nijmegen 2 Mei 1854, *W.* 1547. — (2) Verg. hierbij CHAMBON, bl. 7 en v.; TOULLIER, XI, n. 22 en v.; DURANTON, XIII, n. 638 en v.; MARCADÉ, op art. 1375 C. N., n. III, V, bl. 252. Zie echter OPZOOMER, III, bl. 47 en v. — (3) VOORDUIN, V, bl. 75; ASSER, § 710. Die benamingen zijn echter, op grond dat de ander, zoo al niet eigenaar van het goed, toch dominus negotii was, verdedigd door mr. L. J. H BOUMAN, in *Themis*, 2, V, bl. 21 en v. — (4) Verg. ZACHARIAE, II, § 441, bl. 75, n. 9; VAN ECK, bl. 57 en v.; D. G. PESTERS, *De negotiis gestis* (Utrecht 1838), bl. 12 en v.; CHAMBON, bl. 2. Zie ook BOUMAN, t. a. p., bl. 23 en v.

handelde wetsbepalingen vallen (1). Wat overigens het gevolg van zoodanige overschrijding is, leert art. 1844 B. W.

610. Het is onverschillig, of hij, wiens zaak wordt waargenomen, daarvan kennis draagt of niet: *met of zonder deszelfs weten*, zegt art. 1390 *a* B. W. Draagt hij er geen kennis van, dan is alle gedachte aan lastgeving van zelve uitgesloten; maar dat hij er kennis van draagt, sluit geen' last in, die wel, volgens art. 1830 *b* B. W., stilzwijgend kan worden aangenomen, maar niet stilzwijgend kan worden gegeven (2). Het is eveneens onverschillig, of hij tegenwoordig is op de plaats, waar zijne zaak wordt waargenomen, dan of hij afwezig is; de wet toch spreekt daarvan niet en vordert dus geene afwezigheid. Men kan ook uit de slotwoorden van art. 1390 *a* B. W. niet afleiden, dat hij niet in staat moet zijn om zelf in de zaak te voorzien; waar hij daartoe in staat is, bestaat wel geen verpligting tot verdere waarneming, maar daaruit volgt niet, dat de wet daar ook geene zaakwaarneming erkent (3).

611. Onze wet vordert niet, dat er noodzakelijkheid besta om zich met eens anders zaak te bemoeijen, noch zelfs dat diens zaak tot zijn nut zij waargenomen (4). Art. 1393 B. W. spreekt wel van nuttige en noodzakelijke gedane uitgaven, die den waarnemer vergoed moeten worden, en hieruit kan wel worden afgeleid, dat deze geene vergoeding voor andere uitgaven vorderen kan, maar niet, dat er geene zaakwaarneming bestaat in het oog der wet, zonder dat van nut of noodzakelijkheid blijkt. Het komt mij daarom voor, dat van den waarnemer het bewijs niet kan gevorderd worden, dat, hetgeen hij deed, noodzakelijk of ook maar nuttig was, veelmin dat zijne waarneming werkelijk tot nut heeft gestrekt. De wet spreekt slechts van het waarnemen van eens anders zaak. Intusschen veronderstelt dit waarnemen zelf eenige handeling, die geacht mag worden in het belang van den belanghebbende te zijn, en waartoe men mag veronderstellen, dat deze ook zelf zou hebben kunnen besluiten (5). Elke andere inmenging toch in de zaken van een' ander kan bezwaar-

(1) Verg. DURANTON, XIII, n. 645 en v.; ZACHARIAE, t. a. p., bl. 8; CHAMBON, bl. 5; verg. bl. 116 en v. — (2) CHAMBON, bl. 5 en v. Verg. DURANTON, XIII, n. 644; DE PINTO, II, § 739, bl. 383; 3e uitg. § 694, bl. 480; PESTERS, bl. 9 en v. Ten onregte spreekt SCHÜLLER, op art. 1390 B. W., van eene stilzwijgende lastgeving. Verg. ook MARCADÉ, op art. 1372 en v. C. N., n. II, V, bl. 250 en v. Er is ook geeene gefingeerde toestemming, TROPLONG, *Mandat*, n. 73. — (3) Verg. Amsterdam 27 Nov. 1839, *W.* 69; *R. B.*, II, bl. 33—37; VERNEDE, op art. 1393 B. W.; CHAMBON, bl. 5 en v. Zie echter SCHÜLLER, op art. 1390 B. W. — (4) Bij het zoo even gemelde vonnis wordt dit als vereischte vermeld. Verg. CHAMBON, bl. 62—76. — (5) Verg. hierbij mr. J. DE WITTE VAN CITTERS, in *W.* 1194; TROPLONG, t. a. p., n. 87 en v.; Gorinchem 19 Febr. 1853, *W.* 1427.

lijk eene waarneming zijner belangen genoemd worden. De regter moet des noods naar de omstandigheden beslissen, of in een bepaald geval zoodanige waarneming geacht kan worden te bestaan.

612. Onze wet spreekt niet van het geval, dat iemand eens anders zaak tegen diens wil heeft waargenomen. Wanneer men echter hare bepalingen in haar geheel nagaat, dan schijnt men met grond te mogen aannemen, dat hare bedoeling niet kan geweest zijn, ook in zoodanig geval eene wettige zaakwaarneming te erkennen (1); veelmeer vordert de eerbiediging van ieders regten, dat zulk eene waarneming als eene onregtmatige daad beschouwd worde, die wel den waarnemer tot vergoeding jegens den belanghebbende verpligt, maar dezen geene verpligtingen kan opleggen. De betrekkingen van lastgever en lasthebber kunnen bezwaarlijk geacht worden daar te bestaan, waar voor een' ander zijns ondanks gehandeld wordt. Overeenkomsten, met derden aangegaan, kunnen dus den belanghebbende niet treffen, omdat art. 1376 B. W. hare kracht tot de handelende partijen beperkt, en hij, voor wien tegen zijnen wil wordt gehandeld, wel niet als handelende partij beschouwd kan worden. En zoo de waarnemer tegen den wil des belanghebbenden uitgaven heeft gedaan, heeft hij dit zich zelven te wijten, en mag geacht worden den ander te hebben willen bevoordeelen, maar kan hij ze niet terugvorderen, al is de ander daardoor ook gebaat; ook de bepalingen omtrent den bezitter te kwader trouw missen hier hare toepassing (2). Daar echter ook de belangen van hem kunnen worden waargenomen, die tegenwoordig is, onverschillig of hij daarvan kennis draagt of niet, zoo zal hij, die de bemoeijing van een' ander niet verkiest, best doen met haar aan dezen uitdrukkelijk te verbieden, en wel bij een exploit, om zich alzoo het bewijs daarvan gemakkelijk te maken. Na zoodanig verbod kan er van geene regtmatige zaakwaarneming sprake zijn; maar dit is ook het geval, zoo dikwijls de belanghebbende bewijst, dat zijn wil ook vroeger den waarnemer niet onbekend was (3); er wordt dan juist geen verbod vereischt om de waarneming onwettig te doen zijn. Het komt mij bovendien voldoende voor, dat hij dit

(1) Verg. H. R. 19 Maart 1852, *W.* 1328, *N. R. B.*, II, bl. 161 en v. — (2) Verg. TOULLIER, XI, n. 55; DURANTON, XII, n. 19, XIII, n. 653; ZACHARIAE, II, § 441, bl. 76 en n. 10; CHAMBON, bl. 79 en v.; PESTERS, bl. 37 en v. Zie echter ook MARCADÉ, op art. 1375 C. N., n. IV, V, bl. 253, en TROPLONG, n. 75 en v., die, n. 79 en v., onderscheidt, of de onwil van den dominus verstandig en regtmatig is, en anders regt toekent op vergoeding, niet voor al wat is uitgeschoten, maar voor zoo ver de dominus bevoordeeld is; BOUMAN, t. a. p., bl. 26 en v., die niettegenstaande het verbod eene negotiorum gestio aanneemt, wier gevolgen door de wet zijn geregeld. — (3) Dat hij aan een' ander last heeft gegeven ten aanzien derzelfde zaak, is geen voldoend bewijs van zijn' onwil ten aanzien van den waarnemer, H. R. 25 Febr. 1853, *W.* 1417.

verbod aan den waarnemer doet; aan derden behoeft hij het niet te beteekenen, omdat deze vreemd aan hem zijn, en niettegenstaande de onregtmatige handelingen van een' ander vreemd aan hem blijven.

613. Wij hebben reeds gezien, dat het tot de toepassing der bepalingen betrekkelijk ons onderwerp niet noodig is, dat men met het oog op een' bepaald persoon diens belangen heeft waargenomen, en dat het ook niets afdoet, zoo men meende zijn eigen zaak waar te nemen, wanneer men slechts die van een' ander waargenomen heeft (1). Er behoeft dan ook niet te blijken van de bedoeling, om hem, wiens belangen men waargenomen heeft, daardoor aan zich te verbinden. Die verbindtenis is uit kracht der wet een natuurlijk gevolg der waarneming. Alleen kan en moet men aannemen, dat, voor zoo ver iemand blijkbaar uit pligtsgevoel of milddadigheid voor een' ander heeft gehandeld, om dezen te bevoordeelen, zijnerzijds geene vergoeding kan gevorderd worden (2), onverminderd de overige gevolgen der zaakwaarneming.

614. Na al het aangevoerde kan men de zaakwaarneming bepalen als de vrijwillige en op geen lastgeving gegronde, maar ook niet door den belanghebbende verbodene waarneming der belangen van een' ander, onverschillig of deze afwezig of tegenwoordig, daarmede bekend of onbekend is, waaruit krachtens de wet eene verbindtenis voortvloeit (3).

615. De verbindtenis wordt uit de wet geboren, en vanhier dat, wanneer de belangen worden waargenomen van hen, die onbekwaam zijn om overeenkomsten aan te gaan, en dus ook om last te geven, de zaakwaarneming evenwel te hunnen aanzien dezelfde gevolgen heeft, als wanneer het anderen gold (4), zonder dat ook ten aanzien van genen meer dan ten aanzien van dezen de waarneming volstrekt voordeelig moet zijn. Wanneer zoodanige onbekwame personen zelve zich met de waarneming van eens anders zaken bemoeijen (5), komt het mij voor, dat de bepalingen omtrent zaakwaarneming geene zoo algemeene toepassing vinden. Wat de aansprakelijkheid betreft van den waarnemer voor de deugdelijkheid van zijn beheer, en de schade, hem, wiens belangen zijn waargenomen, veroorzaakt, meen ik hen met anderen gelijk te moeten stellen; de bepalingen van art. 1835 B. W. kunnen hier geene analogische toepassing vinden, daar hij, wiens zaken waargenomen zijn, hier die waarneming niet heeft uit-

---

(1) Verg. DURANTON, XIII, n. 647 en v.; ZACHARIAE, II, § 441, bl. 75 en v. — (2) Verg. DURANTON, XIII, n. 654 en v.; ZACHARIAE, II, § 441, bl. 76 en v.; CHAMBON, bl. 76 en v. — (3) Verg. DURANTON, XIII, n. 634; V. ASSEN, § 412, bl. 453. — (4) POTHIER, n. 115; DURANTON, XIII, n. 643; ZACHARIAE, II, § 441, bl. 76. — (5) Verg. TOULLIER, XI, n. 39; DURANTON, II, n. 497; XIII, n. 662 en v.; PESTERS, bl. 22—26.

gelokt en haar ligt niet heeft kunnen beletten; en de bepaling van art. 1482 B. W. is, volgens art. 1483 *a*, niet toepasselijk op verbindtenissen, voortvloeijende uit eene daad, welke aan een' ander schade heeft veroorzaakt. Alleen de vergoeding dier schade kan dus gevorderd worden, gelijk ook van die, welke veroorzaakt wordt doordien de waarnemer zijne bemoeijingen niet tot een behoorlijk einde heeft gebragt. Eene verpligting tot zoodanige voortzetting van het beheer, geloof ik echter overigens niet, dat men hier mag aannemen, omdat hij, die geene overeenkomst kan aangaan, dergelijke verpligtingen ook niet door daden mag op zich nemen. Bij gebreke dier voortzetting zal dus wel de vergoeding van werkelijk daardoor veroorzaakte schade gevorderd kunnen worden, en dit niet alleen ten bedrage van hetgeen de waarnemer door zijne waarneming bevoordeeld is — eene beperking, waarvoor in de wet geene reden bestaat —, maar niet die der winstderving, die daarvan het gevolg is.

616. Voor het overige verbindt men zich, volgens art. 1390 *a* B. W., door de vrijwillige waarneming van eens anders zaak, stilzwijgend, om die waarneming voort te zetten en te voltooijen, totdat degene, wiens belangen men waarneemt, in staat zij om in die zaak zelf te voorzien. En volgens art. 1391 B. W. is men verpligt met zijn beheer voort te gaan, al komt ook degene, wiens belangen men waarneemt, te overlijden vóórdat de zaak is ten einde gebragt, tot tijd en wijle de erfgenaam dit beheer op zich kan nemen. Men kan dus niet volstaan met te zeggen, dat men alleen uit aanmerking van den overledene gehandeld heeft, maar heeft zich, door de waarneming zijner zaak op zich te nemen, ten aanzien dier zaak zelve verbonden (1). Ten aanzien van den waarnemer is hier hetzelfde bepaald, wat in art. 1837 B. W. ten aanzien van den lasthebber is voorgeschreven.

617. Men mag echter uit de zoo even medegedeelde bepalingen afleiden, dat de waarnemer, die zich werkelijk met de zaak heeft ingelaten, zich niet, gelijk volgens art. 1854 B. W. de lasthebber, door. opzegging van zijne verpligting kan ontslaan, al strekt die opzegging ook niet, door hare ontijdigheid of uit eenigen anderen hoofde door zijne schuld, tot nadeel van hem, wiens zaak is waargenomen (2). In het algemeen toch, en zonder van dergelijke opzegging te spreken, wordt hij tot voortzetting en voltooijing verpligt. Die verpligting duurt echter slechts totdat hij, wiens belangen men waarneemt, of diens erfgenaam in staat is om zelf in de zaak te voorzien. Men behoeft dus zijne werkelijke voorziening niet af te wachten, wanneer men

(1) DURANTON, XIII, n. 657; SCHÜLLER, op art. 1391 B. W. — (2) Anders MALLEVILLE, op art. 1372 C. N., bl. 185 en v. Verg. MARCADÉ, op art. 1372 en v. C. N., n. I, V, bl. 250.

maar bewijzen kan, dat hij daartoe in staat is. Indien niet blijkt, dat hij van de waarneming kennis droeg, zal, wanneer men van hare voortzetting wenscht verschoond te zijn, eene kennisgeving noodig wezen; deze mag echter niet met eene opzegging verward worden, omdat zij zelve niet van de verpligting ontheft, maar alleen strekt om hem, wiens belangen worden waargenomen, in staat te stellen, daarin zelf te voorzien, en dus slechts tot de ontheffing kan leiden. Bovenal zal ten aanzien der erfgenamen zoodanige kennisgeving veeltijds noodig zijn.

618. De verpligting tot voortzetting en voltooijing bepaalt zich voorts tot de zaak, die men waarneemt; met dien verstande echter, dat men zich, volgens art. 1390 *b* B. W., insgelijks moet belasten met al hetgeen tot de zaak behoort. Dit luidt bepaalder dan de vroeger gebezigde uitdrukkingen: »al hetgene van die zaak eenigzins afhankelijk is," of: »al hetgene op die zaak eenige betrekking heeft" (1); ofschoon het moeijelijk is daaromtrent a priori in ontwikkelingen te treden, en veel hier ter beoordeeling des regters overblijft. Genoeg zij het te doen opmerken, dat de waarnemer niet verpligt kan worden om zich te belasten met dat, wat niet bepaaldelijk gezegd kan worden tot de zaak te behooren. Hij behoeft alleen datgene waar te nemen, waarmede hij zich heeft ingelaten en wat als bestanddeel daartoe behoort, zoodat hij, door dit te verwaarloozen, niet gezegd zou kunnen worden, de zaak, die hij op zich heeft genomen, volledig te hebben waargenomen (2).

619. De waarnemer onderwerpt zich voorts, volgens art. 1390 *c* B. W., aan al de verpligtingen, welke hij zou hebben moeten nakomen, in geval hij bij eene uitdrukkelijke lastgeving was gemagtigd geworden (3). Hiertoe behoort ook, overeenkomstig art. 1842 B. W., dat hij de interessen van hoofdsommen, die hij tot zijn eigen gebruik besteed heeft, verschuldigd is, te rekenen van het tijdstip, waarop hij daarvan gebruik heeft gemaakt (4). Het onbelegd laten van eenig kapitaal verpligt dus nog niet tot rentebetaling, maar eerst de aanwending tot eigen gebruik, die soms moeijelijk zal te bewijzen zijn, maar door hem, voor wien is waargenomen, moet bewezen worden. Aan eene hoofdelijke verbindtenis, die volgens art. 1841 B. W. zelfs ten aanzien van meer lasthebbers niet bestaat, kan hier bij het stilzwijgen der wet niet gedacht worden (5).

620. De waarnemer is, volgens art. 1392 B. W., gehouden op-

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 74 en v. — (2) Verg. DURANTON, XIII, n. 659; MALLEVILLE, bl. 184 en v.; MARCADÉ, op art. 1372 en v. C. N., n. I, V, bl. 250. — (3) Hetzelfde geldt niet van hem, wiens belangen worden nagekomen, TROPLONG, n. 94. — (4) Verg. CHAMBON, bl. 103 en v. — (5) DE PINTO, II, § 739, bl. 383; 3e uitg. § 694, 4, bl. 480; TROPLONG, n. 93.

zigtelijk het beheer de pligten van een' goed huisvader te vervullen (1). Dit schijnt mij eenigzins gestrenger te zijn dan de bepaling van art. 1838 B. W. ten aanzien van den lasthebber (2), die gezegd wordt niet alleen aansprakelijk te zijn wegens kwaad opzet, maar ook wegens verzuimen, welke hij bij het volvoeren van zijn' last mogt hebben gepleegd; terwijl het laatste echter minder gestreng wordt toegepast ten aanzien van dengene, die een' last om niet op zich neemt, dan van hem, die daarvoor eenige belooning ontvangt. Maar de lasthebber wordt ook door den lastgever zelven gekozen, die het zich te wijten heeft, zoo hij iemand koos, die gewoon is minder goed op zijne zaken te passen; met de vrijwillige waarneming van eens anders belangen behoort niemand zich in te laten, die niet geleerd heeft de pligten van een' goed huisvader te vervullen.

621. Wanneer er van zijn' kant eenige schuld of nalatigheid bestaat, is hij deswege aansprakelijk en, gelijk ook in art. 1392 *b* B. W. erkend wordt, verpligt tot vergoeding van kosten, schaden en interessen. Die verpligting bestaat zoo dikwijls er schade is geleden, doordien de waarnemer de pligten van een' goed huisvader niet vervulde, zij het ook door eenig toeval, 'twelk hij had moeten afwenden (3); mits ten aanzien der zaak zelve, wier waarneming hij op zich had genomen, of van hetgeen daartoe behoort (4). Hij is ook aansprakelijk voor dengene, dien hij tot de uitvoering der zaak in zijne plaats heeft gesteld, en de uitzonderingen, die art. 1840 B. W. voor den lasthebber erkent, kunnen hier geene toepassing vinden, omdat hier van geene magtiging tot indeplaatsstelling sprake kan zijn.

622. »Niettemin is de regter bevoegd om de vergoeding der kosten, schaden en interessen, welke door schuld of nalatigheid des waarnemers mogten veroorzaakt zijn, te matigen, naar gelang der omstandigheden, die hem tot de waarneming der zaak bewogen hebben"; art. 1392 *b* B. W. Te groote gestrengheid zou van de waarneming van eens anders belangen geheel kunnen terughouden, en billijk mogt er onderscheid gemaakt worden tusschen hem, die zich uit bemoeizucht met eens anders zaken inlaat, en hem, die het uit vriendschap doet, waar die bemoeijing noodig is. Men merke intusschen nog op, dat de wet hier spreekt van *matigen*, niet van *regelen*, gelijk art. 1419 Wetb. van 1830; waaruit men mag opmaken, dat de omstandigheden, die tot de waarneming der zaak bewogen hebben, alleen tot vermindering der gewone verantwoordelijkheid in aanmerking kunnen komen, niet tot verzwaring daarvan; en dat alzoo, ook wanneer iemand uit louter bemoeizucht handelde, zoo hij maar

---

(1) Verg. hierboven n. 45—50. — (2) ZACHARIAE, II, § 441, bl. 76; MARCADÉ, t. a. p.; VAN ECK, bl. 61. — (3) OPZOOMER, III, bl. 49 en v. — (4) Verg. DURANTON, XIII, n. 666, 670.

gezegd kan worden iemands zaken waar te nemen, — of ook wanneer een ander meer geschikte waarnemer gereed was zich deze aan te trekken, geene strengere pligten, dan die van een' goed huisvader behoeven vervuld te worden, en met name geene aansprakelijkheid wegens toeval mag worden aangenomen (1).

623. Ook schijnt men met alle regt de voordeelen, die de waarneming oplevert, tegen de nadeelen, die veroorzaakt worden, in vergelijking te kunnen brengen. Die waarneming toch is een geheel, dat niet willekeurig gesplitst kan worden. Dit geldt ook, wanneer de voor- en de nadeelen onderling geen gevolg van elkander zijn, of met elkander in geen dadelijk verband staan, zoo ze maar uitvloeisels zijn van dezelfde waarneming (2).

624. Even als volgens art. 1839 B. W. de lasthebber, is ook de waarnemer verpligt rekenschap te geven van hetgeen hij verrigt heeft, en ook te zijnen aanzien geldt het, dat hij verantwoording moet doen van al hetgeen hij uit kracht van zijne volmagt ontvangen heeft, al ware het ook, dat het ontvangene niet aan dengene, wiens belangen hij waarnam, verschuldigd was. Door toch voor dezen te ontvangen, hetgeen bepaaldelijk met het oog op dezen werd betaald, nam hij even als in andere opzigten de zaak van dezen waar, en stelde zich daardoor tot hem in gelijke betrekking als die van een' lasthebber tot den lastgever (3).

625. »Hij die eens anders zaak zonder lastgeving heeft waargenomen, is tot geen loon geregtigd." Ook dit is eene toepassing van het beginsel aangenomen omtrent lastgeving, die, volgens art. 1831 B. W., om niet geschiedt, ten ware het tegendeel bedongen zij, hoedanig beding bij eene waarneming zonder last wel niet denkbaar is (4). Art. 1394 B. W. heeft het echter nog uitdrukkelijk bepaald. Bij de algemeenheid dier bepaling schijnt het dan ook niet geoorloofd, eene uitzondering te maken ten voordeele van hem, die van dergelijke handelingen, als hij verrigt heeft, zijn beroep maakt, b. v. een commissionnair, een procureur (5). De wet zondert hen niet uit, en het zou wel eens eene nadeelige uitwerking kunnen hebben, zoo dezen, met het oog op eigen winst, zich de zaken van een' ander konden aantrekken. Ook zij kunnen dit doen, even als anderen, maar ook met hetzelfde gevolg.

626. De verpligtingen van den waarnemer zijn een gevolg der waarneming, onverschillig hoedanig deze geweest zij; en hij kan zich b. v. niet aan de voortzetting onttrekken op grond dat de waarneming niet behoorlijk begonnen was. De verpligtingen van hem, wiens

---

(1) Verg. hierbij DURANTON, XIII, n. 666; VOORDUIN, V, bl. 76. — (2) DURANTON, XIII, n. 673. — (3) Verg. DURANTON, XIII, n. 665. — (4) ASSER, § 711; DE PINTO, II, § 740, bl. 383; 3e uitg. § 795, bl. 480. — (5) Zie DURANTON, XIII, n. 699.

zaken waargenomen zijn, zijn in art. 1393 B. W. daarvan afhankelijk gesteld, of zijne belangen behoorlijk zijn waargenomen. Bien administrée, zeide ook art. 1375 C. N.; en het schijnt dus onjuist, hier bepaaldelijk eene voordeelige waarneming te vorderen (1). Of de waarneming voordeelig is, hangt van de uitkomst af; of naar behooren is waargenomen, dit hangt af van de wijze van waarneming zelve en van de doelmatigheid van hetgeen men ondernam (2). Zoo kan b. v. de aanwending van betrekkelijk vele kosten aan eene zaak van weinig of geene waarde wel geene behoorlijke waarneming heeten, eene onverschuldigde betaling is dit nog veel minder. Onvoorzigtigheid kan ook bewerken, dat de waarneming niet behoorlijk is (3). Veel moet echter in dezen aan 's regters oordeel worden overgelaten; dat van den waarnemer zelven omtrent de doelmatigheid van hetgeen hij verrigtte, kan niet beslissend zijn.

627. Degene dan, wiens belangen door een' ander behoorlijk zijn waargenomen, is, volgens art. 1393 B. W., gehouden de verbindtenissen, door den waarnemer in zijnen naam aangegaan, na te komen. In zijnen naam, d. i. in den naam van hem, wiens belangen waargenomen zijn, even als de lasthebber in den naam zijns lastgevers kan handelen (4). Zoo de waarnemer in zijn' eigen naam gehandeld had, zou art. 1351 B. W. toepassing kunnen vinden, volgens hetwelk niemand zich op zijn' eigen naam kan verbinden of iets bedingen, dan voor zich zelven. Indiën alzoo door hem op eigen naam voor den ander gehandeld was, zou noch deze, noch gene verbonden zijn. Wanneer intusschen de waarnemer op eigen naam en als voor zich zelven gehandeld heeft, is de handeling voorzeker te zijnen aanzien geldig; en terwijl hier van eene nakoming door den ander geen sprake kan zijn, omdat de derden met dezen niets te maken hebben, zal deze toch die handelingen moeten erkennen (5). Dit ligt ook opgesloten in de verpligting, hem in dezelfde bepaling opgelegd, om den waarnemer schadeloos te stellen wegens alle persoonlijke door hem aangegane verbindtenissen.

628. Hij moet voorts, mede volgens art. 1393 B. W., aan hem alle nuttige of noodzakelijke gedane uitgaven vergoeden. Eene vroegere redactie had nuttige *en* noodzakelijke (6); nu is het voldoende, dat de uitgaven nuttig waren, zonder dat zij juist noodzakelijk behoeven te zijn. Zoo zij noch noodzakelijk, noch zelfs nuttig waren, en alleen tot genoegen konden strekken of doelloos waren, kan hare

(1) Zie ZACHARIAE, II, § 441, bl. 76 en n. 5, 77. — (2) Verg. MARCADÉ, op art. 1375 C. N., n. I, bl. 251. — (3) Verg. DURANTON, XIII, n 670; N.-Holland 27 Junij 1842, *R. B.*, IV, bl. 593; VERNEDE, op art. 1390 B. W. — (4) Verg. MARCADÉ, t. a. p., n. II, V, bl. 251 en v. — (5) Verg. DURANTON, XIII, n. 675. — (6) VOORDUIN, V, bl. 76 en v.

vergoeding niet gevorderd worden. Tot de nuttigheid behoort echter mede, dat niet te veel zij uitgegeven in evenredigheid met hetgeen de zaak vorderde; iets, hetwelk bij geschil deswege tusschen partijen, op de voorstellen van deze, door den regter moet beoordeeld worden (1). Bij de beoordeeling van de nuttigheid der uitgaven moet weder gezien worden op den tijd, waarop zij gedaan werden. Wanneer zij toen nuttig geacht moesten worden, dan schaadt het den waarnemer niet, dat later geheel zonder zijne schuld, door eenig toeval of onvoorziene omstandigheden, het verwachte voordeel niet is verwezenlijkt, en het nut geheel is gemist. Dit geldt niet alleen van de noodzakelijke uitgaven, maar ook van de nuttige, omdat het gevolg de nuttigheid der uitgaven op zich zelve niet opheft (2).

629. Wanneer er verscheidene lastgevers zijn, is, volgens art. 1848 B. W., elk hunner voor het geheel jegens den lasthebber aansprakelijk. Daar intusschen art. 1390 *c* B. W. wel in het algemeen de verpligtingen, maar niet ook de regten van den lasthebber op den waarnemer toepasselijk maakt, en geene verbindtenis verondersteld wordt hoofdelijk te zijn, tenzij zulks uitdrukkelijk is bepaald (art. 1318 B. W.), kan men, waar iemand de zaak van meer anderen waarneemt, ten aanzien van dezen geene hoofdelijke aansprakelijkheid aannemen (3). Men schijnt echter wel te mogen aannemen, dat hij, wiens belangen waargenomen zijn, de interessen van hetgeen de waarnemer heeft uitgegeven, niet slechts van den dag der vordering, maar van den dag, waarop zij gedaan zijn, verschuldigd is (4). Ofschoon ik toch, om de zoo even aangehaalde reden, de bepaling van art. 1847 B. W. hier niet met DURANTON zou durven toepassen, noch ook mijne stelling gronden op de verpligting van den waarnemer tot betaling van interessen voor hetgeen hij tot zijn gebruik heeft aangewend, geloof ik, dat zij genoegzaam gegrond is in de verpligting, om alle nuttige of noodzakelijke gedane uitgaven te vergoeden, daar deze eigenlijk niet kunnen gezegd worden volledig vergoed te zijn, zonder bijbetaling der interessen.

630. De wet spreekt bepaaldelijk van alle nuttige of noodzakelijke *gedane* uitgaven, en van alle persoonlijke door den waarnemer aangegane verbindtenissen, zonder gelijke beperking tot die, welke noodzakelijk of nuttig waren voor hem, wiens belangen zijn waarge-

---

(1) PESTERS, bl. 34 en v. — (2) Verg. DURANTON, XIII, n. 671 en v., die echter hier tusschen noodzakelijke en nuttige uitgaven onderscheidt; ZACHARIAE, II, § 441, bl. 76; V. ECK, bl. 62 en v.; CHAMBON, bl. 113 en v. — (3) DE PINTO, II, § 741, bl. 383 en v.; 3e uitg. § 796, bl. 480; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1393; PESTERS, bl. 30 en v.; TROPLONG, n. 694. — (4) DURANTON, XIII, n. 674. Verg. MARCADÉ, op art. 1375 C. N., n. II, V, bl. 252; TROPLONG, n. 680 en v. Anders PLIESTER, bl. 68.

nomen. Men mag hier dus niet zoodanig beperken, en ten aanzien dier verbindtenissen kan alleen de vraag zijn, of zijne belangen behoorlijk waargenomen zijn. In het algemeen zij voorts nog aangemerkt, dat in geen geval die belangen geacht kunnen worden behoorlijk te zijn waargenomen, wanneer de belanghebbende de waarneming bepaaldelijk heeft verboden, al was er anders op zich zelf ook aanleiding tot eene meer gunstige beschouwing (1).

§ 3.

Van de verbindtenis, ontstaande uit de betaling van iets dat niet verschuldigd is.

631. Betaling is in den regel, volgens art. 1417 B. W., een middel, waardoor verbindtenissen te niet gaan, doordien hij, die betaalt, de schuld voldoet, welke de verbindtenis op hem legde. Iedere betaling doet daarom ook, gelijk art. 1395 *a* B. W. zegt, eene schuld veronderstellen. Waar deze niet bestaat, kan er door de betaling eene verbindtenis ontstaan. Hetgeen zonder verschuldigd te zijn betaald is, kan teruggevorderd worden, en die iets ontvangen heeft, dat hem niet verschuldigd was, is verpligt het niet verschuldigde terug te geven aan dengene, van wien hij het ontvangen heeft, volgens art. 1395 *a* en 1396 B. W., door welke beide bepalingen men het regt van den een en de verpligting des anderen beide heeft willen vaststellen (2).

632. De woorden der wet wijzen ons op twee vereischten, die tezamen aanwezig moeten zijn, om de verbindtenis te doen ontstaan, waarvan wij spreken. Er moet *betaald* zijn, en hetgeen betaald is moet *niet verschuldigd* wezen.

633. Men behoeft niet daarenboven nog de dwaling van hem, die betaalde, als een afzonderlijk vereischte te beschouwen (3). Wat daarvan toch ook mag zijn naar het Romeinsche regt, onze wet spreekt er met geen woord van; en ofschoon zij in art. 1395 *a* B. W niet, gelijk in art. 1396 de woorden: »bij vergissing of met zijn weten," of dergelijke heeft gebezigd, spreekt zij ook daar toch zeer algemeen,

(1) VAN ECK, bl. 63. — (2) VOORDUIN, V, bl. 77 en v. Verg. ASSER, § 712. — (3) Verg. MARCADÉ, op art. 1376 en v. C. N., n. I, V, bl. 254 en v. Zie echter TOULLIER, XI, n. 60 en v.; DURANTON, XIII, n. 679; ZACHARIAE, II, § 442, bl. 77 en v.; DE PINTO, II, § 742, bl. 384; 3e uitg. § 797, bl. 481; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1395; V. ECK, bl. 65, 67; O. Z. VAN SANDICK, *Quaest. ad loc. jur. hod. de conditione indebiti* (Gron. 1827), bl. 21 en 26; *Regtsg. Adv.*, I (1843), bl. 91; DE PINTO, in *Themis*, III, bl. 2; V. D. KEMP, in *Themis*, III, bl. 146. Zie ook V. SAVIGNY, IV, bl. 147, n. *c*; *Obligr.*, I, bl. 46 en v.

zonder ook door de woorden: »bij vergissing," die in art. 1397 B. W. voorkomen, hare bepaling te beperken. Het is alleen noodig, dat niet betaald is ter voldoening aan eene natuurlijke verbindtenis. In den regel zal de betaling van iets, dat men niet verschuldigd is, wel een gevolg van dwaling zijn; het is dit echter niet altijd. Zoo kan men ook betalen, wat men in gemoede overtuigd is niet schuldig te zijn, hetzij om voor het oogenblik de kansen van een regtsgeding te ontwijken, hetzij om, door voor het oogenblik toe te geven, in tijds eene formaliteit te vervullen, wier vertraging boete of andere onaangename gevolgen na zich kan slepen; men kan betalen als tot bewaring van zijn regt, en met het oog op eene latere terugvordering van hetgeen men onverschuldigd betaalt, zonder dat daarom die terugvordering door de wet of ook zelfs door de jurisprudentie is uitgesloten, zonder dat in dergelijke gevallen een bewijs van dwaling, of ook een voorbehoud van regten noodzakelijk is (1).

634. Er moet dan vooreerst betaald zijn, en men merke op, dat de wet ook hier spreekt van betaling, in den zin van een der middelen, waardoor verbindtenissen te niet gaan, en die alzoo het gevolg is en geschiedt ter afdoening van eene vermeende of van de andere zijde beweerde schuld. Waar hiervan geen sprake is, en waar de een den ander iets geeft, zonder dat er de voldoening eener ware of vermeende of beweerde schuld bij bedoeld werd, daar heeft schenking plaats, zoo de hiervoor vastgestelde vormen in acht zijn genomen, of, zoo dit niet heeft plaats gehad, is de geheele handeling uit dien hoofde nietig; maar er valt niet te denken aan onverschuldigde betaling, noch aan terugvordering uit dien hoofde. In zoo verre geldt ook bij ons, wat PAULUS zeide: cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto *dati* donatio est (2).

635. Aan den anderen kant moet echter het woord *betaling* ook in een ruimen zin worden opgevat en niet beperkt tot de voldoening eener geldsom, of zelfs tot de afgifte eener bepaalde ligchamelijke zaak. Het omvat dat alles, wat geschiedt tot voldoening eener vermeende of beweerde schuld, ook wanneer men met dat doel nieuwe verbindtenissen op zich nam, of eene bestaande schuld, als door compensatie afgedaan, vernietigde. In dit geval zou echter ook de overeenkomst, die de bron der nieuwe verbindtenissen moest zijn, uit hoofde eener valsche oorzaak, nietig wezen.

636. Hetgeen betaald is, moet voorts niet verschuldigd wezen. Wanneer het verschuldigd was, kan geene terugvordering te pas ko-

(1) Men zie o. a. H. R. 16 Dec. 1842, V. D. H., *Zeg.*, *reg.* enz., II, bl. 207—219; 30 Oct. 1846, *W.* 759; arr. Utrecht 8 Sept. 1852, *N. R. B.*, III, bl. 73 en v. Verg. voorts OPZOOMER, III, bl. 56 en v. — (2) L. 53 D. *de Reg. Juris.*

men, al wilde men de schuld ook eigenlijk niet betalen en al deed men het slechts uit vergissing. Onverschuldigd is hier in het algemeen, al wat niet in regten kan worden gevorderd. Waar alleen eene zedelijke verpligting bestaat, is geene schuld aanwezig in het oog der wet, en hetgeen men ter voldoening daarvan heeft betaald, kan worden teruggevorderd, tenzij men het des bewust vrijwillig mogt betaald hebben uit pligtgevoel en om zich van alle zedelijke verpligting te kwijten, in welk geval hij, die het aannam, tegen latere terugvordering veilig is. Dit toch is, onzes oordeels, gelijk wij vroeger zagen, de zin van art. 1395 *b* B. W.: „Ten opzigte van natuurlijke verbindtenissen, waaraan men vrijwillig voldaan heeft, kan geene terugvordering vallen" (1).

637. Zoodanige onverschuldigde betaling heeft ook dan plaats, wanneer er eene werkelijke schuld bestond, maar tot een minder bedrag dan waarvoor de betaling is geschied; het meerdere was dan onverschuldigd en kan worden teruggevorderd. Hetzelfde heeft plaats, wanneer eene schuld voldaan is, die, afhankelijk van eene nog hangende opschortende voorwaarde, inderdaad nog niet bestaat; en hetgeen aldus voldaan is, kan worden teruggevorderd, niet alleen wanneer de voorwaarde later ontbreekt, maar ook reeds hangende die voorwaarde (2). Hetzelfde geldt, waar, ter voldoening eener alternatieve schuld, beide zaken, die slechts alternatief verschuldigd waren, geleverd zijn; ééne daarvan kan als onverschuldigd worden teruggeëischt, ter keuze van hem, die beide heeft geleverd (3). Zoo slechts ééne dier zaken geleverd is, al is dit ook door dwaling geschied, en omdat de schuldenaar meende alleen deze zuiver verschuldigd te zijn en geen keuze te hebben, schijnt geene terugvordering te pas te komen, omdat hetgeen betaald is niet onverschuldigd was (4). Dit geldt ook, wanneer, hetgeen onder eene tijdsbepaling was verschuldigd, vóór den bepaalden tijd, en dus vroeger dan noodig was, is betaald; die tijdsbepaling toch schort de verbindtenis niet op, maar slechts hare uitvoering, en hetgeen betaald werd was dus verschuldigd. Art. 1305 B. W. bepaalt dan ook, dat, hetgeen vóór den bepaalden tijd betaald is, niet kan worden teruggevorderd (5).

638. Waardoor en op welke wijze het betaalde niet verschuldigd was, — of het nooit verschuldigd is geweest, dan of de schuld door betaling of anderszins heeft opgehouden te bestaan, is onverschillig.

---

(1) Verg. hierboven n. 31—40. — (2) Verg. hierboven n. 166; DURANTON, XIII, n. 688. — (3) Verg. MARCADÉ, op art. 1376 en v. C. N., n. III, V, bl. 256. — (4) Verg. hierboven n. 237 en v. — (5) Verg. hierboven, n. 203 en v.; ZACHARIAE, II, § 442, bl. 78; V. SAVIGNY, IV, bl. 38 en v., n. *l*. Anders MARCADÉ, t. a. p.

Vanhier dat ook dan terugvordering plaats kan hebben, wanneer de schuld door compensatie was te niet gegaan, en de eene partij, misschien daaraan niet denkende, voldaan heeft, wat zij harerzijds schuldig was (1). Hetzelfde geldt in geval van verjaring (2). Dat het betaalde door een' ander was verschuldigd, belet niet, dat het onverschuldigd was voor hem, die betaald heeft, en verhindert dus ook in het algemeen de terugvordering niet, behoudens hetgeen art. 1397 B. W. deswege nader bepaalt.

639. Het is dan ook even onverschillig, wat aanleiding tot de onverschuldigde betaling heeft gegeven. Wij hebben hierboven reeds te kennen gegeven, dat dwaling geen noodwendig vereischte is, schoon zij veelal aanwezig zal zijn. Wij voegen er nog slechts bij dat eene dwaling omtrent het regt hier hetzelfde gevolg heeft als eene dwaling omtrent de feiten, en dat, wat ook daarvan zijn mag naar het Romeinsche regt, daartusschen bij ons niet behoeft te worden onderscheiden (3). De eenige vraag is slechts, of er betaald is wat niet verschuldigd was.

640. Wat uit kracht van een vonnis betaald wordt, wordt facto misschien wel, maar regtens niet onverschuldigd betaald, want het wordt betaald ter voldoening eener schuld, wier bestaan in regten is erkend. Verschillend wordt intusschen gedacht over de vraag, of iemand, die voldaan heeft aan een vonnis, waarbij hij tot betaling eener schuld veroordeeld werd, het alzoo betaalde, als onverschuldigd betaald, kan terugvorderen, wanneer hij het bewijs eener reeds vroeger gedane betaling kan bijbrengen (4). Met verwijzing naar hetgeen deswege elders in verschillenden zin is aangevoerd, ben ik met hen, welke die vraag ontkennend beantwoorden, van meening, dat tegen het vonnis, waaraan voldaan is, niet kan worden opgekomen, tenzij het bewijs der vroegere betaling door toedoen van de wederpartij was achtergehouden, overeenkomstig art. 382, 8° W. v. B. R.; een geval, dat hier niet wordt verondersteld. Het vonnis zal dan ook in den regel niet kunnen worden te niet gedaan. Intusschen komt het mij voor, dat de terugvordering van het onverschuldigd betaalde hierdoor niet wordt uitgesloten. Het staat namelijk vast, dat een vonnis, ook als het kracht van gewijsde zaak heeft, door de wet niet is erkend als eene bron van verbindtenis; het schept deze niet, maar be-

(1) VAN SANDICK, bl. 29 en v. Verg. *Vrag. v. Ned. R.*, II, bl. 86 en v. — (2) Verg. mr. J. C. VAN DE KASTEELE, in *Themis*, X, bl. 537 en v. — (3) Verg. TOULLIER, VI, n. 75, XI, n. 63; DURANTON, XIII, n. 682; ZACHARIAE, II, § 442, bl. 77 en n. 5; MARCADÉ, op art. 1378 en v. C. N., n. II, V, bl. 255 en v.; VAN SANDICK, bl. 31 en v., 34 en v. Zie voorts V. SAVIGNY, III, bl. 361 en v., 447 en v. — (4) Bevestigend antwoordt mr. A. DE PINTO, in *Themis*, III, bl. 1—20; ontkennend mr. A. H. VAN DER KEMP, in *Themis*, III, bl. 145—158; *Regtsg. Adv.* (1843), bl. 90—95. Verg. de daar aangehaalde schrijvers.

slist slechts, dat zij bestaat. Dit geldt zelfs, wanneer de schuld, wier bestaan het vonnis uitspreekt, werkelijk niet bestond; zij wordt in regten aangenomen, doch niet wegens eenige scheppende kracht van het vonnis, maar omdat res judicata pro veritate habetur, omdat de schuld nu stellig geacht wordt te bestaan. Hetgeen nu ten gevolge van, en gelijk men zegt ter voldoening aan het vonnis, wordt betaald, wordt eigenlijk betaald ter voldoening van de schuld, wier bestaan, wat daarvan overigens ook zij, als het gevolg eener wettige bron van verbindtenis door het vonnis is beslist, maar die dan ook geheel dezelfde is met die, welke reeds vroeger is betaald. De beide betalingen, waarvan de eene vóór, de andere na het vonnis, heeft plaats gehad, strekten dus tot betaling derzelfde schuld, en daar nu dezelfde schuld slechts eens behoeft betaald te worden, zoo blijkt, dat eenmaal onverschuldigd betaald moet zijn. Of dit het geval was met de betaling ten gevolge van het vonnis of met de vroegere, is vrij onverschillig; met het vonnis heeft men daarom in dezen niet te maken, en het bestaan daarvan kan niet beletten, dat dezelfde schuld slechts eens behoefde betaald te worden, en dat eene tweede betaling onverschuldigd is. Dit vonnis behoeft dan ook niet te worden aangerand, en kan dit niet; en de kosten ten gevolge daarvan door den schuldenaar betaald, ofschoon hij na eene vroegere betaling zich tegen eene latere veroordeeling had kunnen waarborgen, kunnen door hem niet worden eruggevorderd.

641. Dat er onverschuldigd betaald is, moet bewezen worden door hem, die het betaalde terugvordert. Dit ligt in den aard der zaak en volgt uit art. 1902 B. W., daar de betaling van iets, dat niet verschuldigd is, de eenige grondslag is van den eisch. Art. 1395 *a* B. W. zegt bovendien, dat iedere betaling eene schuld doet veronderstellen; en zoo bestaat er dus in het voordeel van hem, aan wien betaald is, een wettelijk vermoeden, totdat aan de andere zijde het tegendeel bewezen is. Dit geldt niet alleen omtrent het niet verschuldigd zijn, maar ook omtrent de betaling, zoo die ontkend wordt (1). Dat de eischer dit bewijzen moet, geldt in het algemeen, en ik zie geene vrijheid, daarop eene uitzondering toe te laten voor het geval dat de tegenpartij de geheele betaling ontkende, zoodat na het bewijs der betaling de eischer van alle verder bewijs ontslagen zou zijn (2). Dit is in geene wetsbepaling gegrond; en de ontkenning van den gedaagde

(1) Verg. DE PINTO, II, § 741, bl. 384 en v.; 3e uitg. § 797, bl. 481, en *Themis*, III, bl. 2 en v.; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1395 B. W.; OPZOOMER, III, bl. 244—247; V. SAVIGNY, V, bl. 154; DURANTON, XIII, n. 696; TOULLIER, XI, n. 64. — (2) Zie echter l. 25 D. *de probat.* (XXII, 3). Zoo ook TOULLIER, XI, n. 64; ZACHARIAE, II, § 442, bl. 78 en n. 8; VAN SANDICK, bl. 48.

kan den eischer niet van den last van het bewijs ontheffen. Dat eene betaling, die werkelijk is geschied, ontkend werd, is ook nog geen blijk, dat zij onverschuldigd is geschied. Wel zal de regter uit die ontkenning een vermoeden in het voordeel aan den eischer kunnen putten, maar verder schijnt hij niet te kunnen gaan.

642. Zoodanige onverschuldigde betaling nu doet tusschen den betaler en den ontvanger eene verbindtenis geboren worden, die, behoudens de bepaling van art. 1400 B. W., alleen aan zijde van den laatste verpligtingen, alleen aan die van den eerste regten verschaft. Die verbindtenis ontstaat daaruit in het algemeen, evenzeer en op gelijke wijze wanneer aan den Staat onverschuldigd is betaald, als wanneer dit met een' bijzonder persoon heeft plaats gehad (1), en is dan ook reeds meer dan eens in geval van te veel betaalde zegel- en registratieregten aangenomen. Die verbindtenis ontstaat, hoezeer dan met verschillende gevolgen, hetzij hij, die de betaling aannam, te goeder of te kwader trouw was. Die bij vergissing of met zijn weten iets onverschuldigd ontvangen heeft, moet het teruggeven; art. 1396 B. W.

643. Hij moet, volgens deze bepaling, teruggeven aan dengene, van wien hij het onverschuldigde ontvangen heeft. En deze is dus bevoegd, het betaalde terug te vorderen. Men moet dit echter niet te beperkt opvatten, alsof juist dezelfde persoon, die de betaling heeft gedaan, ook moet terugvorderen (2). Degene, van wien ontvangen is, is hij, te wiens koste het is ontvangen. Dit geldt van hem, wiens lasthebber betaald heeft. Zoo kunnen de erfgenamen terugvorderen, wat de uitvoerders der uiterste wilsbeschikking onverschuldigd hebben voldaan (3). Zoo kunnen zij, te wier verzoeke eene akte is verleden, de registratieregten terugvorderen, die de notaris te veel heeft betaald (4). Zoo kan, hetgeen een vermeend erfgenaam als zoodanig onverschuldigd heeft betaald, door den waren erfgenaam worden teruggeëischt (5). In al deze gevallen is inderdaad ook ontvangen van hen, aan wie wij het regt van actie toekenden, en deze zijn daarom ontvankelijk in hunnen eisch.

644. Aan den anderen kant is echter ook ontvangen van dien, die de betaling heeft bewerkstelligd. Vanhier dat ook de lasthebber, de uitvoerder der uiterste wilsbeschikking, de notaris en de vermeende erfgenaam als zoodanig in een eisch tot teruggave ontvankelijk moeten zijn, zonder dat hij, die ontvangen heeft wat hem niet verschuldigd was, kan tegenwerpen, dat voor een' ander was betaald (6). Hieruit

---

(1) VERNÈDE, op art. 1395 B. W. — (2) Verg. ook raad van just. te Batavia 2 Junij 1854, *W.* 1632. — (3) Zie Amsterdam 31 Mei 1843, *R. B.*, V, bl. 679 en v. — (4) Verg. H. R. 5 Nov. 1841, *W.* 241. — (5) VAN SANDICK, bl. 13. — (6) Verg. intusschen Groningen 27 Febr. 1849, *R. B.*, XI, bl.

volgt geenszins, dat hij, die ontving, twee malen zal kunnen moeten teruggeven. Er zijn slechts verschillende eischers, die de enkele teruggave, waartoe hij verpligt is, van hem kunnen vorderen. Deze zijn daarom geene hoofdelijke schuldeischers; daartoe ontbreekt tusschen hen de regtsbetrekking, die tusschen zoodanige schuldeischers bestaat. Maar door de teruggave van het onverschuldigd ontvangene houdt de verbindtenis op, die door de onverschuldigde betaling was ontstaan; hij, die ontving, hield op te bezitten, zoodat de zaken in haar geheel waren hersteld, gelijk zij vóór de onverschuldigde betaling waren, en hiermede hield dus ook de grond op voor een' eisch tot teruggave.

645. Hetzelfde geldt van hem, die ontving. De teruggave kan gevorderd worden van hem, voor wien door iemand, die daartoe te zijnen aanzien bevoegd was, ontvangen is, al werd ook eigenlijk niet aan hem persoonlijk betaald. Maar hij, die betaalde, kan ook van hem terugvorderen, aan wien hij heeft betaald, voor zoo ver deze niet bepaaldelijk voor en namens den ander de betaling aannam; behoudens het verhaal van genen op dezen, dien hij daartoe ook, des verkiezende, in vrijwaring kan oproepen.

646. Wij merkten reeds aan, dat ook wanneer het betaalde door een' ander verschuldigd was, het desniettemin onverschuldigd bleef ten aanzien van hem, die betaalde. Wanneer dus iemand, die bij vergissing meent schuldenaar te zijn, eene werkelijk bestaande schuld betaald heeft, is hij geregtigd het betaalde van den schuldeischer, die dit inderdaad was, maar van een anderen schuldenaar, terug te vorderen; art. 1397 *a* B. W. In het algemeen kan, volgens art. 1418 B. W., eene verbindtenis ook door een' derde gekweten worden, die dan de schuld van een' ander voldoet; maar dit heeft in het geval van art. 1397 B. W. niet plaats. Hier wordt verondersteld, dat iemand bij vergissing meende de schuldenaar te zijn; hier is dus de dwaling een vereischte, zoo er eene verbindtenis zal ontstaan uit eene handeling, die anders strekt om verbindtenissen te doen te niet gaan. Hij, die betaalde, moet dan ook in zijn' eigen naam gehandeld hebben. Er moet voorts werkelijk eene schuld bestaan van een anderen schuldenaar, gelijk ook uit art. 1397 *b* B. W. blijkt. Wanneer dus iemand betaalt eene vroeger te zijnen laste bestaande, maar door verjaring vernietigde schuld, dan komt niet art. 1397, maar art. 1395 B. W. in toepassing (1).

122—124, waarbij, met toepassing van den regel: *point d'intérêt point d'action*, eene condictio indebiti niet-ontvankelijk is verklaard.

(1) Verg. n. 638; DURANTON, XIII, n. 684; SCHÜLLER, op art. 1397 B. W.; VAN SANDICK, bl. 28.

647. De schuldeischer moet intusschen van die betaling, die hij met regt aannam, geen nadeel ondervinden; de vergissing van den ander moet hem niet schaden. Vanhier de bepaling van art. 1297 *b* B. W., dat het regt van terugvordering ophoudt in geval de schuldeischer, ten gevolge van die betaling, de schuldbekentenis vernietigd heeft. In dat geval heeft hij zijn bewijs tegenover den waren schuldenaar verloren; men kon nu niet van hem vergen, dat hij terug zal geven wat hem toekwam, met gevaar van het niet weer te zullen ontvangen, en heeft nu alleen aan hem, die bij vergissing betaalde, verhaal op den wezenlijken schuldenaar toegekend.

648. De ratio legis doet hier natuurlijk denken aan het geval, dat de schuldeischer te goeder trouw was, en meenende, dat betaald werd door den werkelijken schuldenaar, het bewijs vernietigde van eene schuld, die hij geheel te niet gegaan achtte. Wanneer een schuldeischer, wetende dat hij, die de schuld betaalt, dit bij vergissing doet, desniettemin de betaling ontvangt en de schuldbekentenis vernietigt, misschien om eene terugvordering aan de zijde van hem die betaalde onmogelijk te maken, dan schijnt men de bepaling van art. 1397 *b* B. W. niet te moeten toepassen; dan is de vernietiging, ja, ook nog wel een gevolg van betaling, maar eigenlijk veelmeer eene bedriegelijke handeling van den schuldenaar zelven (1).

649. De wet spreekt van vernietiging der schuldbekentenis en veronderstelt dus, dat het bewijs der schuld voor den schuldeischer is verloren gegaan. Wanneer hij de schuldbekentenis eenvoudig afgaf aan hem die betaalde, dan is zij daardoor niet vernietigd, en kan dus tegen aanbod harer teruggave het betaalde worden teruggevorderd. Maar wanneer hij, die betaalde, zelf de schuldbekentenis, die hem ter hand was gesteld, heeft vernietigd, zoo heeft hij zich ook de gelegenheid tot terugvordering ontnomen. Ofschoon toch de wet spreekt van eene vernietiging der schuldbekentenis door den schuldeischer, behoeft men dit niet zoo beperkt op te vatten. Men zou anders ook met eenig regt kunnen zeggen, dat eene schuldbekentenis door den schuldeischer afgegeven, en daarna door den houder vernietigd, door hem vernietigd is, daar die vernietiging een gevolg is geweest van zijne afgifte. De ratio legis van art. 1397 *b* geldt hier althans geheel.

650. Dit schijnt ook dan het geval te zijn, wanneer de schuldbekentenis wel niet vernietigd is, maar de schuld zelve in den tijd tusschen de betaling en de terugvordering is verjaard. Dan toch kan de schuldeischer de betaling ook niet meer vorderen van den waren

---

(1) Verg. DURANTON, XIII, n. 685; ZACHARIAE, II, § 442, bl. 77; DABELOW, § 1129, II, bl. 394; MARCADÉ, op art. 1376 en v. C. N., n. IV, V, bl. 257.

schuldenaar, en dit geval staat dus met eene vernietiging der schuldbekentenis volkomen gelijk (1).

651. In al die gevallen heeft echter hij, die betaald heeft, zijn verhaal op den werkelijken schuldenaar. Het is ook eene soort van negotiorum gestio, die hij voor dezen heeft verrigt. Eene eigenlijke negotiorum gestio bestaat hier echter niet, want hij die betaalde wordt ook hier geacht zulks in zijn' eigen naam gedaan te hebben, en niet in naam van den schuldenaar (2), als wanneer, gelijk wij reeds zagen, art. 1397 B. W. niet te pas komt. Wanneer de schuldbekentenis vernietigd is, kan het bewijs tegen den wezenlijken schuldenaar ook voor hem, die betaald heeft, moeijelijk zijn. Hij wijte dit dan aan zijne vergissing; genoeg is het, dat hem verhaal gegeven is, voor zoo ver de omstandigheden hem in staat stellen, daarvan gebruik te maken.

652. De verpligtingen van hem, die ontvangen heeft wat hem niet verschuldigd was, zijn verschillende, naarmate hij te goeder of te kwader trouw was. In het eerste geval is hij over het algemeen verpligt tot teruggave van de zaak zelve in natura, zoo hem eene bepaalde zaak geleverd werd, of, zoo het zaken gold, die bij het getal, gewigt of maat berekend worden, van eene gelijke hoeveelheid. Bepaaldelijk mag ook uit de tegenstelling van hetgeen art. 1398 B. W. bepaalt omtrent hem, die te kwader trouw ontvangen heeft, worden afgeleid, dat van hem geene interessen, noch ook eenige vruchten kunnen gevorderd worden; dat aan vergoeding van kosten, schaden en interessen veel minder te denken valt, en dat, wanneer de zaak vergaan of verminderd is, zelfs wanneer dit door zijne schuld heeft plaats gehad, hij echter, omdat hij eigenaar was en met de zaak naar goedvinden kon handelen, niet verpligt is tot vergoeding (3).

653. Dit een en ander houdt echter op met de terugvordering aan zijde van hem, die betaalde. De ander, daardoor in gebreke gesteld zijnde, wordt, zoo hij tot teruggave veroordeeld wordt, sedert dien tijd geacht niet meer te goeder trouw te zijn. Vanhier dat de vruchten, sedert genoten, moeten worden teruggegeven, en dat van dien tijd interessen verschuldigd zijn. Dit geldt in het algemeen, ook wanneer teruggevorderd wordt wat aan de schatkist, b. v. voor zegel-

---

(1) DURANTON, XIII, n. 685. — (2) Anders SPANGENBERG, § 825, n. 1, III, bl. 89, op grond eener verkeerd begrepene plaats van MALLEVILLE, op art. 1377 C. N., III, bl. 188. — (3) TOULLIER, XI, n. 94, 102; DURANTON, XIII, n. 691—693; ZACHARIAE, II, § 442, bl. 78 en n. 3 en v.; MARCADÉ, op art. 1378 en v. C. N., n. II, V, bl. 259; VOORDUIN, V, bl. 79; S. TAK, *Animadversiones ad lib.* I, *tit.* 3, *et lib.* III, *tit.* 3 *Cod. Civ. Neerl.* (Leyden), bl. 9—12. Anders, ten aanzien der vruchten, OPZOOMER, III, bl. 54 en v.

en registratieregten, te veel is betaald. Hetgeen men toch hiertegen heeft ingebragt dat daarvan eene verandering in de belastingen het gevolg zou zijn, is zoo weinig waar, dat veelmeer in het tegenovergesteld geval de belasting zou worden verhoogd, wanneer de schatkist ook na ingebrekestelling vrij was van de betaling van interessen (1). Zoo later hij, die de zaak ontving, haar door zijne schuld liet vergaan, zou hij ook niet van de verpligting tot teruggave ontheven zijn (2).

654. De verpligting tot teruggave bestaat voor hem, die te goeder trouw ontvangen heeft, dan ook slechts zoolang hij in het bezit der zaak is. Vanhier de bepaling van art. 1399 *a* B. W., dat hij, die iets, hetwelk onverschuldigd te goeder trouw door hem ontvangen was, verkocht heeft, volstaàn kan met den koopprijs terug te geven. Hier is de koopprijs in zijne handen het surrogaat der zaak, met welks teruggave hij daarom kan volstaan, onverschillig of het aan de waarde der zaak geëvenredigd of aanmerkelijk te gering is; dit toch ligt opgesloten in de uitdrukking, dat hij daarmede kan *volstaan*. De wet veronderstelt hier, dat de prijs voldaan is; wanneer dit het geval nog niet is, komt de eisch tot betaling van den prijs daarvoor in de plaats, en de verkooper moet dus zijne regten en vorderingen tegen den kooper aan hem, die betaald heeft, afstaan (3). Dit geldt in het algemeen, zoo dikwijls iets voor de vervreemde zaak ontvangen of genoten is. Maar wanneer voor hetgeen ontvangen is eene andere zaak is aangekocht, kan hij, die onverschuldigd ontving, tegen den wil van hem, die onverschuldigd betaalde, deze zaak niet overgeven; terwijl hij volstaan kan met den koopprijs terug te geven, is hij hiertoe ook verpligt; verder gaat de bevoegdheid niet, die de wet hem geeft, en al had hij die andere zaak ook weggeschonken, zoo blijft de verpligting tot teruggave van den genoten prijs evenwel bestaan (4).

655. Anders, indien hij de onverschuldigd ontvangene zaak te goeder trouw om niet heeft vervreemd, behoeft hij, volgens art. 1399 *b* B. W., niets uit te keeren, omdat hij niets heeft, dat hij heeft ontvangen. Ten tijde der beraadslagingen werd aangemerkt, dat uit het gebruik van het onbepaalde woord *zaak* zou kunnen worden afgeleid, dat men daaronder ook geld begreep, terwijl het echter eene wijde deur voor de kwade trouw zou openen, indien men de teruggave eener te onregte gedane betaling in geld kon ontwijken,

---

(1) Verg. H. R. bij n. 632 aangehaald; H. R. 21 Oct. 1853, *N. R. B.*, IV, bl. 7 en v.; arr. Utrecht 8 Sept. 1852, *W.* 1413, *N. R. B.*, III, bl. 73 en v. Zie echter TOULLIER, VI, n. 273; Fr. hof v. cass. 17 Jan. 1854, *N. R. B.*, IV, bl. 415 en v.; VERNEDE, op art. 1398 B. W. Verg. V. SAVIGNY, V, bl. 140 en v. — (2) Verg. MARCADÉ, op art. 1378 en v. C. N., n. II, V, bl. 259 en v. — (3) DURANTON, XIII, n. 694. — (4) TAK, V, bl. 80.

onder het voorwendsel, dat het eene gift (men bedoelde zeker, dat het weggegeven) was (1). Deze aanmerking heeft echter geene verandering in de redactie ten gevolge gehad. Zij schijnt dan ook minder gegrond, wanneer men bedenkt, dat, al is onder het algemeene woord »zaak" ook geld begrepen, zoodanige eenvoudige bewering in dezen niet voldoende zou zijn. Het zou zelfs voor de toepassing van art. 1399 *b* B. W. niet genoeg wezen, dat eene aan de onverschuldigd ontvangene min of meer gelijke som is weggeschonken; dat ontvangene zelf moet om niet vervreemd zijn. En terwijl het hier niet aankomt op de identiteit der ontvangene en uitgegeven geldstukken, als waarop in het algemeen minder wordt gelet, moet er toch een zoodanig verband tusschen het ontvangene en weggeschonkene bestaan, dat men werkelijk kan zeggen, dat de ontvangene zaak om niet is vervreemd. Dat het veelal moeijelijk zal zijn, dit behoorlijk te staven, vermindert ook voorzeker niet weinig het gevaar, 'twelk om de algemeenheid der bepaling zou kunnen gevreesd worden; maar het belet hare toepassing op ontvangen geld niet, waar zij werkelijk daarop kan worden toegepast. Bovendien vordert de wet, ook bij de vervreemding om niet, de goede trouw. Het is dus niet voldoende, dat men te goeder trouw ontving; wanneer men zich te kwader trouw van de zaak ontdeed, is men niet veilig tegen de terugvordering.

656. Art. 1399 B. W. regelt de regten van hem, die onverschuldigd betaalde, en van hem die ontving onderling. Maar heeft de eerste ook eene vordering tegen den derden bezitter, om de zaak als de zijne terug te vorderen? Verschillend wordt over deze vraag gedacht: de een beantwoordt haar in het algemeen bevestigend (2), een ander over het algemeen ontkennend (3), een derde ontkennend in geval van vervreemding onder bezwarenden titel, bevestigend zoo zij om niet heeft plaats gehad (4). Ten aanzien van de vervreemding om niet was de vraag in art. 1426 Wetb. van 1830 uitdrukkelijk beslist, door de aan het tweede lid bijgevoegde woorden: »en hij die de zaak ontvangen heeft, blijft eigenaar daarvan"; en na die bepaling kon er wel geen twijfel zijn, dat ook bij vervreemding onder bezwarenden titel hetzelfde moest gelden. Maar, alsof de wetgever zwarigheid maakte het punt te beslissen, bij de herziening liet men die woorden weg, »omdat het vraagstuk, of de begiftigde in zoodanig

(1) VOORDUIN, V, bl. 80. — (2) DURANTON, XIII, n. 683; ZACHARIAE, II, § 442, bl. 79 en n. 1; MARCADÉ, op art. 1376 en v. C. N., n. III, V, bl. 260 en v.; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1398 B. W. — (3) TOULLIER, XI, n. 97—99; DE PINTO, II, § 743, bl. 385; 3e uitg. § 800, bl. 482; TAK, bl. 3—7; OPZOOMER, III, bl. 53 en v. — (4) Verg. POTHIER, *Traité du prêt de consomption*, n. 174 en v.

geval al of niet eigenaar van het geschonkene blijft, niet tot dezen titel behoort, maar, volgens de regelen van den derden titel des tweeden boeks, handelende van de reïvindicatie en de gevolgen daarvan, moet worden beoordeeld" (1). Men zou hieruit kunnen opmaken, dat de Regering eene geheel tegenovergestelde beschouwing had aangenomen, ofschoon zij zich daarover niet uitlaat, en die bovendien slechts dan juist zou zijn, wanneer hier werkelijk van de regten van een' bezitter te goeder of te kwader trouw sprake moest zijn. Dit is het geval niet, daar de kooper of begiftigde de zaak bezit door levering van den eigenaar, ten gevolge van een' regtstitel van eigendomsovergang, en dus eigenaar is (2). De wet schept voorts, ten gevolge der onverschuldigde betaling, slechts tusschen hem die betaalt en hem die ontvangt eene verbindtenis, waaraan alzoo derden, die met een van hen gehandeld hebben, vreemd zijn. En men zegge niet, dat hij, die onverschuldigd heeft ontvangen, geen beter regt op een' ander kan overdragen, dan hij zelf had; want op de zaak had hij geen beperkt, maar een volkomen regt; zijne verpligting tot teruggave was het gevolg eener op zich zelve staande, uit de bepaling der wet voortgevloeide verbindtenis, die den aard van zijn eigendomsregt niet verandert, maar slechts eene terugvordering tegen hem mogelijk maakt. Indien van den derde de zaak kon worden teruggevorderd, zou de bepaling van art. 1399, vooral het eerste lid, tamelijk vreemd zijn. Waartoe toch de bevoegdheid tot het vorderen van den koopprijs gegeven aan hem, die de zaak zelve vorderen kan? Eene vereeniging van beide vorderingen kan men toch ook wel niet bedoeld hebben; en noch de plaatsing, noch de redactie van het artikel laat toe, hier te denken aan de betrekking tusschen den verkooper of schenker en den kooper of begiftigde. Zoo voorts de derde als bezitter moest worden beschouwd, zou hij, wien onverschuldigd werd betaald, zelf dit wel niet minder zijn; maar waartoe dan eene verpligting tot teruggave vastgesteld, waaraan in dat geval toch niet getwijfeld kon worden? Wil men ten slotte het tegenovergesteld gevoelen met gronden van billijkheid verdedigen, zoo zij aangemerkt, dat wij hier spreken over eene verbindtenis, die uit kracht der wet geboren wordt, maar die dan ook eene wetsbepaling behoeft om te kunnen ontstaan.

657. »Degene die, te kwader trouw iets ontvangen heeft, hetgeen hem niet verschuldigd was, moet hetzelve teruggeven met de interessen en vruchten, te rekenen van den dag der betaling, en zulks onverminderd de vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien de zaak eenige vermindering heeft ondergaan"; art. 1398 *a* B. W.

---

(1) Mem. v. toel., VOORDUIN, V, bl. 80 en v. — (2) Verg. OPZOOMER, III, bl. 50 en v.

Hij moet dus hem, die onverschuldigd heeft betaald, geheel schadeloos stellen en alles doen genieten, wat deze," zoo hij niet betaald had, zou genoten hebben. En »indien de zaak vergaan is, al had zulks ook door toeval plaats gehad, is hij verpligt de waarde te betalen, met vergoeding van kosten, schaden en interessen, ten ware hij konde bewijzen dat de zaak insgelijks zoude vergaan zijn, indien zij verbleven was onder dengenen, aan wien dezelve had moeten terug gegeven worden"; art. 1389 *b* B. W. Het laatste is eene billijke beperking, daar iemand ook uit zijne onverschuldigde betaling geene voordeelen behoeft te trekken (1). En ofschoon daaruit, zoo men zich tot het tweede lid alleen bepaalt, zou kunnen worden afgeleid, dat hij ook tot geene teruggave der inmiddels genotene vruchten verpligt is (2), ligt die verpligting toch genoeg in het eerste lid opgesloten. Voor het overige moet hij, die te kwader trouw ontving, zoo hij de zaak niet leveren kan, de waarde leveren. Hij kan dus niet volstaan met te zeggen, dat hij haar heeft weggeschonken; hij kan zelfs niet, in geval van vervreemding, eenvoudig den koopprijs afgeven, wanneer daardoor aan den ander niet de volle waarde, met kosten, schaden en interessen, vergoed zou zijn (3).

658. Hij, aan wien de zaak is teruggegeven, is, volgens art. 1400 *a* B. W., gehouden, zelfs aan dengene, die haar te kwader trouw bezeten heeft, alle noodzakelijke uitgaven te vergoeden, welke tot behoud der zaak zijn aangewend. Art. 1381 C. N. spreekt van »dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose" (4). Een vroeger Ontwerp sprak ook bij ons van „alle noodzakelijke en nuttige uitgaven"; maar op eene aanmerking, dat de bepaling daardoor in strijd zou zijn met de bepalingen, die nu in den derden titel des tweeden boeks voorkomen, is bij de nieuwe redactie, ter wegneming van die tegenstrijdigheid, het woord „nuttige" weggelaten (5). Wij gelooven, dat hier van een' strijd geen sprake kan zijn, en het komt ons voor, dat voor de belangen van hem, die te goeder trouw heeft ontvangen, in dezen te weinig is gezorgd. Volgens de tegenwoordige bepaling zal hij, die onverschuldigd betaalde, ten koste van den ander voordeel kunnen genieten, ofschoon zijne vergissing hem in geen' gunstiger toestand brengen moest dan die van hem, die ontving.

659. Hoe het zij, de wet heeft gesproken, en nu kan hij, die de zaak te goeder trouw onder zich had, geene andere uitgaven in reke-

---

(1) ASSER, § 713. — (2) OPZOOMER, III, bl. 61. — (3) TOULLIER, XI, n. 106. — (4) Verg. TOULLIER, XI, n. 110 en v.; DURANTON, XIII, n. 695; ZACHARIAE, II, § 444, bl. 78 en n. 6; MARCADÉ, op art. 1381 C. N., n. I, V, bl. 262. — (5) VOORDUIN, V, bl. 81 en v.; DE PINTO, II, § 744, bl. 385; 3e uitg. § 801, bl. 483.

ning brengen, dan die tot behoud der zaak zijn aangewend en daartoe noodzakelijk waren, en eene vordering wegens andere uitgaven niet verdedigen met de bewering, dat ze voordeelig hebben gewerkt. Hij kan ze zelfs niet vorderen tot één gelijk bedrag, als waarvoor de zaak daardoor werkelijk verbeterd en in waarde toegenomen is. Van uitgaven alleen tot genoegen aangewend, kan natuurlijk in het geheel geen sprake zijn.

660. De wet geeft echter in art. 1400 *b* B. W. den bezitter het regt om de zaak zoolang in zijn bezit te houden, totdat de uitgaven, waarop hij aanspraak heeft, vergoed zijn. „Deze verordening", zegt ASSER, „is daarop gegrond, dat de eene partij niet gehouden is aan hare verpligting te voldoen, zoo lang de andere in gebreke blijft datgeen te verrigten, hetwelk de wet haar oplegt"; de wetgever heeft haar althans in dit geval tot zoo lang van die verpligting willen vrijstellen. De wet spreekt voorts algemeen, en hare bepaling geldt dus evenzeer voor hem, die te kwader, als voor hem, die te goeder trouw de zaak in ontvangst genomen heeft (1). Beide worden hier bezitter genoemd in den meer algemeenen zin van houder der zaak, waarvan zij inderdaad eigenaren zijn.

§ 4.

Van verbindtenissen, die door de schuld van eene der partijen geboren worden. Algemeene bepalingen.

661. De verbindtenissen, die door de schuld van eene der partijen geboren worden, vloeijen voort uit schade, veroorzaakt door eene onregtmatige daad, nalatigheid of onvoorzigtigheid van die partij zelve, of van andere personen, of ook door dieren of levenlooze zaken, waarvoor zij verantwoordelijk en aansprakelijk is. Aan het hoofd staat hier de bepaling van art. 1401 B. W.: „Elke onregtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebragt, stelt dengenen, door wiens schuld die schade veroorzaakt is, in de verpligting om dezelve te vergoeden." Meer juist en meer overeenkomstig art. 1388 en v. B. W. zou het zijn, te zeggen, dat de wet die verpligting vaststelt als gevolg der onregtmatige daad. Maar uit kracht de wet is dan ook die daad op zich zelve de bron eener verbindtenis, die hier niet het gevolg is van eenige andere, bepaaldelijk niet van eene om niet te doen (2).

662. Onze wet vordert eene onregtmatige daad, en het is ook billijk en regt, dat hij, die door eenige daad, waartoe hij volkomen

(1) ASSER, § 715; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1400 B. W. — (2) Verg. mr. C. J. VAN BELL, in *Themis*, 2, III, bl. 273 en v.

geregtigd was, een' ander schade heeft veroorzaakt (1), deswege tot geene vergoeding is gehouden, maar dat hij, die aldus schade lijdt, zelf haar draagt als iets, dat hem zonder menschelijke schuld overkomt. In regten geldt het: nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet (2). Vanhier dat ook onder den C. N., welks art. 1382 spreekt van „tout fait quelconque de l'homme", vrij algemeen werd aangenomen, dat die bepaling alleen op onregtmatige daden doelde en behoorde te worden toegepast. De bepaling zelve luidde echter algemeen, en gaf daardoor eene aanleiding tot twistgedingen, die onze wetgever door de invoeging van het woord *onregtmatige* heeft willen wegnemen (3).

663. Het is niet noodig, dat men juist een misdrijf gepleegd heeft, hetwelk in de termen der strafwet valt. Evenmin, dat men met kwade bedoeling heeft gehandeld, om een' ander schade toe te brengen; het is genoeg, zoo maar de onregtmatige daad heeft plaats gehad door de schuld van hem, door wien de benadeelde zijne schade vergoed wil hebben. Aan den anderen kant is het ook niet genoeg, dat de daad enkel als laakbaar moet worden beschouwd uit een zedelijk oogpunt; zoodat, gelijk ASSER aanmerkt, wanneer iemand, zelfs tegen beter weten aan, eene gunstige getuigenis omtrent iemands gegoedheid of zedelijk gedrag aflegt, en een ander, daaraan geloof slaande, zijn vertrouwen aan zoodanig persoon schenkt en bij de uitkomst daardoor schade lijdt, zulks wel is toe te schrijven aan de schuld van dengene, die hem misleid heeft, maar deze tot geene schadeloosstelling verpligt is, omdat zijne handeling niet onregtmatig is, vermits de wet aan niemand de verpligting heeft opgelegd om aan een' derde naar waarheid te moeten mededeelen, hetgeen hem ten opzigte van een' ander mogt bekend zijn (4). Onregtmatige daden zijn

---

(1) Zoo b. v. een burgemeester, die uitvoering geeft aan eene bepaling van een reglement, Amsterdam 12 Maart 1850, *W.* 1117. — (2) PAULUS, in l. 151 D. *de Reg. Jur.* — (3) VOORDUIN, V, bl. 82; ASSER, § 716; DE PINTO, II, § 745, bl. 385 en v.; 3e uitg. § 802, bl. 483; VERNEDE, op art. 1401 B. W. Verg. TOULLIER, XI, n. 117 en v.; DURANTON, XIII, n. 699, 708; ZACHARIAE, II, § 444, bl. 79 en v., § 446, bl. 81; DABELOW, § 1130, II, bl. 395; MARCADÉ, n. II, V, bl. 264. Volgens H. R. 18 Febr. 1853, *W.* 1415, verpligt ook eene regtmatige daad, maar waarbij onvoorzigtig is gehandeld, tot vergoeding der schade; — het gold een onjuist proces-verbaal, waarop iemand was gevangen genomen. Dat arrest, tegen de conclusie van mr. GREGORY genomen, is bestreden door K., in *W.* 1417, Red. *W.* 1420, verdedigd door mr. J. VAN GIGCH, in *W.* 1420, en door I. V., in *W.* 1437. — (4) ASSER, § 716; DE PINTO, II, § 745, bl. 386; 3e uitg. § 802, bl. 483; TAK, bl. 19 en v.; V. BELL, bl. 275. — VERNEDE, op art. 1401 B. W., spreekt ook van daden, „strijdende met de goede zedelijkheid en openbare orde." Daden strijdende met de openbare orde zullen ook wel bij de wet verboden zijn, althans is men daartoe in regten niet bevoegd; daden, die met de goede zeden strijden, zijn daarom nog niet *onregtmatig*.

de zoodanige, die door de wet of eenige wettelijke verordening verboden zijn, of waartoe men in regten niet bevoegd is.

664. Wanneer zoodanige daad geen schade veroorzaakt, heeft zij uit dien hoofde ook geene verbindtenis ten gevolge, die toch moet strekken tot vergoeding dier schade (1). Wanneer daardoor aan een' ander schade wordt toegebragt, heeft *elke* onregtmatige daad dat gevolg, onverschillig door welke wet of wettelijke verordening zij verboden is, en of en in welke mate zij met straf is bedreigd (2). Het is ook onverschillig, door wien de daad is gepleegd; en bij, die onbekwaam is om zich door eene overeenkomst te verbinden, wordt ten gevolge zijner onregtmatige daad evenzeer verbonden, als hij die bekwaam is om overeenkomsten aan te gaan. Art. 1483 B. W. zegt uitdrukkelijk, dat de bepaling van het voorgaand artikel, — volgens 't welk verbindtenissen, door minderjarige of onder curatele gestelde personen aangegaan, van regtswege nietig zijn en nietig moeten worden verklaard, en die van getrouwde vrouwen en minderjarigen, die handligting hebben bekomen, voor zoo verre die hunne bevoegdheid te boven gaan, — niet toepasselijk is op verbindtenissen, voortvloeijende uit een begaan misdrijf, of uit eene daad, welke aan een' ander schade heeft veroorzaakt. Met de zoodanigen overeenkomsten aangaan behoefden derden ook niet; voor schade, door hunne onregtmatige daden toegebragt, konden zij zich even weinig als ten aanzien van anderen behoeden. Die verbindtenis treft dus ook minderjarige kinderen van elken leeftijd en hen die zinneloos zijn (3). De verbindtenis treft ook ambtenaren, die, in de uitoefening hunner functiën, zich aan eene onregtmatige daad schuldig maken (4). Zij treft allen, zoo maar de schade veroorzaakt is door de schuld van hem, die de daad pleegde.

665. In zoo ver vordert dus de wet zelve eenige toerekenbaarheid, maar het is niet eene toerekenbaarheid in den zin van het strafregt. Het is niet noodig, dat de dader het ongeoorloofde zijner daad en hare gevolgen heeft kunnen inzien. Natuurlijk, dat dus ook de dronkenschap, waarin iemand bij het plegen der onregtmatige daad verkeerde, hem van zijne verpligting niet kan ontheffen (5). Het is slechts noodig, dat de daad in meer of mindere mate uit eigen beweging zij verrigt, en de schade een gevolg zij van die daad. Waar eenige, op zich zelve onregtmatige, daad het gevolg is geweest van dwang, van menschelijke of natuurlijke overmagt, daar is de door

(1) Verg. Assen 9 Junij 1854, *N. R. B.*, IV, bl. 546 en v. — (2) De uitzondering, die SCHÜLLER op art. 1401 B. W. maakt, kan niet als uitzondering gelden. — (3) Verg. TOULLIER, XI, n. 271; ZACHARIAE, II, § 447, bl. 84. Verg. echter ook POTHIER, n. 118, 120; ZACHARIAE, § 444, bl. 80, 81; MARCADÉ, op art. 1382 en v. C. N., n. I, V, bl. 265; V. BELL, bl. 278. — (4) Verg. TOULLIER, XI, n. 182 en v.; ZACHARIAE, II, § 446, bl. 82. — (5) POTHIER, n. 119; MARCADÉ, t. a. p.

haar bewerkte schade niet door de schuld van den dader veroorzaakt. Hetzelfde geldt, waar de schade, hoezeer ook al ter gelegenheid of wel ten gevolge van die daad geleden, echter slechts door een toeval is veroorzaakt, of door de schuld van hem zelven, die de schade leed, zoodat te dien aanzien alle gedachte aan schuld bij den dader moet wegvallen.

666. De wet spreekt algemeen van vergoeding der schade, en men schijnt dit niet te moeten beperken tot die, welke onmiddellijk wordt ondervonden, maar ook de zoodanige daaronder te moeten begrijpen, die een meer verwijderd gevolg der daad is (1). Het schijnt, dat men hier, bij gebreke van nadere bepaling, bij analogie de bepalingen van art. 1283 en 1284 B. W. zal kunnen toepassen (2), en voor het geval, dat geen boos opzet bij den dader bestond, hem verantwoordelijk stellen voor alle schaden, die als gevolgen der daad konden vooruitgezien worden, en voor het geval van blijkbaar kwade bedoelingen voor alle schaden, die maar werkelijk ten gevolge der daad zijn geleden (3). In allen gevalle schijnt men, hoezeer de wet slechts van schade, en niet van kosten, schaden en interessen spreekt, in de vergoeding niet alleen de werkelijk geledene schade, het damnum emergens, maar ook de winstderving, het lucrum cessans te moeten begrijpen. Art. 585, 8° W. v. B. R. bevestigt deze meening (4).

667. De vergoeding bestaat in den regel in de voldoening eener geldsom, door den regter, des noods op het berigt van deskundigen, te bepalen. Zij kan echter, naar de omstandigheden, ook in iets anders bestaan, bepaaldelijk in teruggave van goederen (5) Die vergoeding moet gegeven worden aan allen, die door de onregtmatige daad schade geleden hebben, hetzij regtstreeks, hetzij meer middellijk (6). En men behoeft geen eigenaar te zijn van het goed, waaraan de schade is toegebragt, om hare vergoeding te kunnen vorderen (7). Indien de daad door meer dan één gepleegd is, zijn allen tot die vergoeding verpligt. Met het oog op art. 1318 B. W., volgens hetwelk geene verbindtenis verondersteld wordt hoofdelijk te zijn dan ten gevolge eener uitdrukkelijke bepaling in de overeenkomst of uit kracht eener wetsbepaling, schijnt men hier in het algemeen geene hoofdelijke verpligting te mogen aannemen, omdat de wet zulks niet

(1) Verg. Amsterdam 22 Nov. 1854, *N. R. B.*, VI, bl. 17 en v., 24. — (2) Anders MARCADÉ, op art. 1382 C. N., n. III, V, bl. 266. — (3) Verg. Gelderland 1 Febr. 1854, *N.R.B.*, IV, bl. 249. — (4) ZACHARIAE, II, § 445, bl. 80. Anders SPANGENBERG, § 826, n. I, III, bl. 90. — (5) Verg. Z.-Holland 6 Junij 1853, *W.* 1448; V. BELL, bl. 280. — (6) ZACHARIAE, II, § 445, bl. 80. — (7) Verg. Arnhem 16 Febr. 1854, *W.* 1555, *N. R. B.*, V, bl. 143 en v.

bepaalt; met uitzondering alleen van het geval, dat beschuldigden wegens misdaad of wanbedrijf tot vergoeding worden veroordeeld, en zulks op grond van art. 55 C. P. (1). De vergoeding kan voorts, zoo zij de som van honderd en vijftig gulden te boven gaat, volgens art. 585, 8° W. v. B. R., bij lijfsdwang worden gevorderd.

668. Wij hebben gezien, dat er eenige schuld moet bestaan aan de zijde van hem, die schade zal vergoeden. Die schuld behoort tot de grondslagen van den eisch, en men kan daarom niet aan den dader het bewijs opleggen, dat zij niet bestaat, maar moet met het bewijs der schuld hem belasten, die vergoeding vraagt. Dit bewijs zal trouwens veelal in het bewijs der onregtmatige daad zelve en van de omstandigheden, waaronder zij heeft plaats gehad, begrepen zijn. De dader blijft intusschen bevoegd om het gemis van schuld te bewijzen of wel hare aannemelijkheid, voor zoo ver die uit des eischers betoog voortvloeit, te verzwakken. Veel hangt hier voorts van de omstandigheden af. Wij merken alleen nog aan, dat, wanneer er schuld bestaat aan zijde van den dader en tevens aan zijde van hem, die de schade heeft ondervonden, de regter geheel naar de omstandigheden zal moeten beslissen (2).

669. Tot dus verre is sprake geweest van daden, waardoor schade veroorzaakt werd, maar volgens art. 1402 B. W. is een ieder verantwoordelijk, niet alleen voor de schade, welke hij door zijne daad, maar ook voor die, welke hij door zijne nalatigheid of onvoorzigtigheid veroorzaakt heeft. Hier zal de schade veelal een middellijk gevolg zijn, vooral ten aanzien der onvoorzigtigheid; zij kan echter, vooral in geval van nalatigheid, ook een regtstreeksch gevolg wezen.

670. Hoe algemeen de wet hier ook spreekt van nalatigheid, kan het echter hare bedoeling niet zijn, iemand te verpligten tot vergoeding der schade, die hij had kunnen voorkomen, maar niet heeft voorgekomen, wanneer er van zijnen kant in het oog der wet geene verpligting bestond tot handelen. Slechts zoodanige nalatigheid, die bestaat in het verzuimen van eenen pligt, kan zulke gevolgen hebben (3). Vooral komen hier in aanmerking de overtredingen van politie-verordeningen.

671. Ten aanzien der onvoorzigtigheid schijnt men de verantwoor-

---

(1) Verg. TOULLIER, XI, n. 149 en v.; MARCADÉ, op art. 1382 en v. C. N., n. IV, V, bl. 266. Anders ZACHARIAE, II, § 445, bl. 80 en n. 10; SPANGENBERG, t. a. p. — (2) ZACHARIAE, II, § 446, bl. 81 en v. Verg. kgr. Nieuwer Amstel 21 Sept. 1849, *W.* 1061. — (3) ZACHARIAE, II, §, 444, bl. 79 en n. 6; MARCADÉ, op art. 1382 en v. C. N., n. II, V, bl. 265. Verg. Rotterdam 31 Mei 1848, *W.* 933, 936, vernietigd door Z.-Holland 28 Nov. 1849, *W.* 1082, maar met vernietiging van dit arrest gehandhaafd H. R. 7 Nov. 1851, *N. R. B.*, I, bl. 177 en v.

delijkheid wat ruimer te kunnen en te moeten stellen. De mate van voorzigtigheid, die in de onderscheidene gevallen van ieder gevorderd wordt, kon wel niet door den wetgever worden vastgesteld. In het algemeen mag echter worden aangenomen, dat, hoezeer men voor zijne eigene zaken zoo weinig zorg kan dragen als men goedvindt, men echter tegenover derden tot zoodanige voorzigtigheid verpligt is, dat dezen daaruit geen nadeel ondervinden. Uit den aard der zaak moet hier veel naar de omstandigheden aan 's regters oordeel worden overgelaten.

672. Onder onvoorzigtigheid is natuurlijk de achteloosheid begrepen. Men zal in het algemeen daartoe ook kunnen brengen de onhandigheid, waardoor men althans de onvoorzigtigheid begaat van iets te doen, waarvoor men niet berekend is. Onkunde, zoo zij niet met nalatigheid of onvoorzigtigheid gepaard gaat, schijnt hier minder in aanmerking te kunnen komen (1). Wanneer men, ten gevolge van eenigen last of eener opdragt of wel als negotiorum gestor werkzaam zijnde, hetgeen men op zich nam, door onkunde verkeerd deed, zou het de vraag zijn, welken invloed het zou hebben op de reeds bestaande verbindtenis, maar daaruit in het algemeen geene nieuwe geboren worden.

673. Nog zij aangemerkt, dat de verpligting tot vergoeding bij den dood van hem, op wien zij rustte, overgaat op zijne erfgenamen, en dat het regt tot die vergoeding eveneens op de erfgenamen overgaat van hem, die de schade heeft ondervonden.

674. Men is voorts, volgens art. 1403 *a* B. W., niet alleen verantwoordelijk voor de schade, welke men door zijne eigene daad veroorzaakt, maar ook voor die, welke veroorzaakt is door de daad van personen, voor welke men aansprakelijk is, of door zaken, welke men onder zijn opzigt heeft; eene bepaling, die eigenlijk, zoo men haar noodig achtte, een afzonderlijk artikel moest uitmaken, omdat zij niet alleen betrekking heeft op hetgeen verder in art. 1403 voorkomt, maar tevens eene inleiding is tot die verdere bepalingen en die der beide volgende artikelen. Deze verantwoordelijkheid is wel eens voorgesteld als een gevolg der nalatigheid, waarvan art. 1402 spreekt; men zal echter bij de schade, die kinderen of dienstboden veroorzaken, veelal kwalijk kunnen denken aan nalatigheid, en wel ongeoorloofde nalatigheid, aan zijde der ouders en meesters. Gene zijn echter aan dezen ondergeschikt, en daarom heeft de wet de belangen der benadeelden willen bevorderen door dezen verantwoordelijk te stellen (2). Zij zullen het echter slechts hoogst zelden op grond van

---

(1) Verg. A. O., in *Opm. en Med.*, IX, bl. 64—70. — (2) Verg. A. A. VAN BERGEN YZENDOORN, *De dammi reparandi obligatione ex art. Cod. Civ.* 1403, 1404 *et* 1405 (Leyden 1847), bl. 7—10.

art. 1402 zijn, en zouden het veelal niet wezen zonder de uitdrukkelijke bepaling van art. 1403 B. W.

675. In de eerste plaats zegt art. 1403 *b* B. W., dat de vader en, bij gebreke van dien, de moeder verantwoordelijk zijn voor de schade, veroorzaakt door hunne minderjarige kinderen, die bij hen inwonen. Die verantwoordelijkheid bestaat in het algemeen, en het is daarbij onverschillig, of de schade, die vergoed moet worden, het vermoedelijk wettelijk erfdeel van het kind of zijn aandeel in de nalatenschap der ouders al dan niet te boven gaat; de benadeelde heeft daarmede niets te maken (1). Maar de inwoning bij de ouders is noodig tot de verantwoordelijkheid. Men schijnt daaronder te moeten verstaan, dat de kinderen, als zij te huis zijn, bij hunne ouders wonen, zoodat zij, wanneer ze de ouderlijke woning voor eenige dagen tegen een tijdelijk verblijf op eene andere plaats of tegen een zwervend leven gingen verruilen, echter nog geacht zouden moeten worden bij de ouders in te wonen (2).

676. De wet spreekt voorts in het algemeen van kinderen, en geldt daarom evenzeer van natuurlijke als van wettige kinderen. Zij bepaalt echter de verantwoordelijkheid tot de minderjarigheid, omdat het kind, volgens art. 354 B. W., tot aan de meerderjarigheid onder de ouderlijke magt blijft, en dus later alle grond voor die verantwoordelijkheid vervalt (3). De volkomene handligting doet dus ook die verantwoordelijkheid ophouden, maar na eene beperkte handligting blijft zij voortbestaan (4). En dat de kinderen nog zoo jong zijn, dat zij zonder oordeel des onderscheids gehandeld en schade veroorzaakt hebben, doet niets ter zake; dit heft de verantwoordelijkheid der kinderen zelve, en evenzeer die der ouders niet op, omdat het hier schadevergoeding, geene vervolging tot straf geldt; ook de wet spreekt algemeen (5). Vandaar ook dat in den regel de vader, en slechts bij gebreke van dien de moeder verantwoordelijk is, omdat de vader, en slechts bij gebreke van dien de moeder, de vaderlijke magt uitoefent. En hieruit blijkt dan ook, dat de uitdrukking: „bij gebreke van dien", — die veel algemeener en daarom veel juister is dan die van art. 1384 C. N.: „après le décès du mari" (6), — al die gevallen omvat, waarin de vader, gelijk art. 355 *b* B. W. zegt, buiten de mogelijkheid is om de vaderlijke magt uit te oefenen. Na ontbinding des huwelijks is het de langstlevende vader of moeder,

(1) Yzendoorn, bl. 40 — (2) Verg. zachariae, II, § 447, bl. 83, n. 2. — (3) Duranton, XIII, n. 715; zachariae, II, § 447, bl. 82. — (4) Marcadé, op art. 1384 C. N., n. II, V, bl. 268. — (5) Yzendoorn, bl. 19. Verg. echter toullier, XI, n. 270; 's Hertogenbosch 24 April 1844, *W.* 665. — (6) Toullier, XI, n. 281; duranton, XIII, n. 716; zachariae, II, § 447, bl. 82, n. 7; yzendoorn, bl. 15 en v. Verg. marcadé, op art. 1384 C. N., n. II, V, bl. 269.

of wel die, bij wien de kinderen gebleven zijn, op wien de verantwoordelijkheid rust.

677. „De meesters en degenen die anderen aanstellen tot de waarneming hunner zaken, zijn verantwoordelijk voor de schade, door hunne dienstboden en ondergeschikten veroorzaakt in de werkzaamheden waartoe zij dezelve gebruikt hebben"; art. 1403 *c* B. W. Deze bepaling is algemeen en omvat allen, die anderen in hunne dienst hebben, onverschillig of zij hen vast of slechts tijdelijk, en in het laatste geval, voor langeren of voor korteren tijd in dienst hebben, al is het ook slechts voor eenige uren of nog korter. Hetzelfde schijnt daarom ook te moeten worden aangenomen ten aanzien van die ambtenaren, beambten enz. in dienst van den staat, die door hunne meer ondergeschikte betrekking geacht kunnen worden in de termen dezer bepaling te vallen, zoo als commiezen (1), militairen enz. (2). Ofschoon toch de betrekking tusschen hen en den staat uit den aard der zaak meer van staatsregtelijken aard is (3), geloof ik niet, dat hieruit kan worden afgeleid, dat daaraan tegenover derden geene gevolgen verbonden kunnen zijn, die het burgerlijk regt vaststelt (4). Ten aanzien van aannemers bepaalt art. 1649 B. W. nog uitdrukkelijk, dat zij verantwoordelijk zijn voor de daden van degenen, die zij in het werk stellen.

678. De wet vordert niet, dat de daad, waardoor schade veroorzaakt is, verrigt zij op bepaalden last des meesters of van hem die een' ander in zijne dienst heeft, en de verantwoordelijkheid van dezen bestaat dus ook, wanneer de dienstbode of ondergeschikte uit eigen beweging handelde (5). Maar de schade moet veroorzaakt zijn in de werkzaamheden, waartoe zij de dienstboden of ondergeschikten gebruikt hebben. De verantwoordelijkheid strekt zich dus niet uit tot schade, die deze overigens hebben veroorzaakt, al ware het ook ter gelegenheid van, maar niet *in* de werkzaamheden, waartoe zij gebruikt werden (6). De wet schrijft dit zoo stellig voor, dat het mij ongeoorloofd voorkomt, eene uitzondering te maken voor het geval, dat de meester kennis droeg van de onregtmatige daad, en die toeliet, daar hij haar kon beletten (7). In hoe ver de schade gezegd moet worden in de

---

(1) Verg. 's Hage 22 Maart 1853, *W.* 1424. — (2) Toepassing op de werkbazen eener gemeente, Amsterdam 8 Nov. 1852, *N. R. B.*, III, bl. 40 en v. — (3) Verg. *Regtsg. Adv.*, I, bl. 95 en v. — (4) Zie ook ZACHARIAE, II, § 447, bl 83 en n. 8. Blijkens art. 244 en 253 der Alg. Wet v. 26 Augustus 1822 (Sb. n. 38) kan echter niet altoos volledige schadevergoeding gevorderd worden. — (5) Verg. Nijmegen 18 Oct. 1853, *W.* 1486, *N. R. B.*, IV, bl. 113 en v. — (6) Verg. DURANTON, XIII, n. 724; TOULLIER, XI, n. 282 en v.; YZENDOORN, bl. 30 en v. — (7) Verg. YZENDOORN, bl. 28 en v. Zie echter TOULLIER, XI, n. 287; ZACHARIAE, II, § 447, bl. 84 en n. 1.

werkzaamheden, waartoe de dienstbode of ondergeschikte gebruikt werd, veroorzaakt te zijn, hangt geheel af van de omstandigheden, staat in elk geval ter beoordeeling van den regter, en zal dikwijls minder gemakkelijk te beslissen zijn. In allen gevalle mag hierbij op den voorgrond staan, dat, daar de verantwoordelijkheid der meesters iets exceptioneels is, zij niet kan worden aangenomen, waar niet met genoegzame zekerheid blijkt, dat de schade veroorzaakt is in de werkzaamheden, waartoe zij den dienstbode of ondergeschikte gebruikten.

679. Volgens art. 1403 *d* B. W. zijn ook »de schoolonderwijzers en werkmeesters verantwoordelijk voor de schade door hunne leerlingen en knechts veroorzaakt, gedurende den tijd dat dezelve onder hun toezigt staan." Terwijl art. 1384 C. N. sprak van *instituteurs*, spreekt onze wet van *schoolonderwijzers;* huisonderwijzers en zij, die slechts private lessen geven, kunnen daartoe niet gebragt worden (1). De wet spreekt echter niet bepaald van kostschoolhouders, en de bepaling ziet alzoo op de gewone schoolonderwijzers van hoogeren of lageren rang, die kinderen bij zich ter school ontvangen. Zij zijn echter alleen verantwoordelijk gedurende den tijd, dat deze onder hun toezigt staan; buiten dien tijd gelden dus andere bepalingen.

680. Die beperking geldt ook voor de werkmeesters en hunne knechts, onder welke laatste men geene gewone dienstboden moet verstaan, maar hen, die bij den werkmeester zijn tot het aanleeren van diens bedrijf. Hunne vermelding in een bijzonder lid van het artikel en de vereeniging van schoolonderwijzers en werkmeesters en van leerlingen en knechts in één lid bewijst dit voldoende, terwijl het eerste Ontwerp ook sprak van *leerknechts*, zonder dat blijkt, dat men met de verandering van het woord iets anders heeft willen bepalen (2). Overigens zij nog aangemerkt, dat de wet hier niet bepaaldelijk spreekt van minderjarige leerlingen en knechts, maar ook meerderjarigen omvat. Allen staan ook evenzeer onder het toezigt van den onderwijzer of werkmeester, voor zoo ver zij daaronder staan, en de reden, die er was om de bepaling van het tweede lid tot minderjarige kinderen te beperken, bestond dus in dezen niet (3).

681. De hierboven vermelde verantwoordelijkheid houdt echter, volgens art. 1403 *e* B. W., op, indien de vader en de moeder, de schoolonderwijzers en werkmeesters bewijzen, dat zij de daad, voor welke zij aansprakelijk zouden zijn, niet hebben kunnen beletten. De wet zelve wijst aan, dat het hunne taak is zulks te bewijzen, gelijk zij zich dan ook te hunner verdediging daarop beroepen. Die onmogelijkheid blijkt intusschen niet uit de omstandigheid, dat de schade

(1) YZENDOORN, bl. 32. Verg. ZACHARIAE, II, § 447, bl. 84, n. 2. — (2) YZENDOORN, bl. 32 en v. Zie VOORDUIN, V, bl. 83. — (3) Verg. DURANTON, XIII, n. 721; ZACHARIAE, II, § 447, bl. 84; YZENDOORN, bl. 34.

buiten hunne tegenwoordigheid veroorzaakt is; de verantwoordelijkheid zou dan zeer beperkt, en de voorgaande bepalingen zouden veel te algemeen gesteld zijn. Eene afwezigheid of ziekte, die het noodige toezigt onmogelijk maakte, zullen hier wel in aanmerking kunnen komen (1). Die oorzaken laten zich echter niet volledig opgeven, daar alles hier van de omstandigheden moet afhangen, en de regter telkens daarop zijne beslissing zal moeten gronden. Alleen zij aangemerkt, dat deze bepaling weder eene uitzondering behelst op den regel, die voorafgaat, dat dus de verantwoordelijkheid niet ophoudt, wanneer de onmogelijkheid van verhindering niet naar genoegen van den regter is bewezen, en dat ook het bewijs eener onmogelijkheid van verhindering op het oogenblik, dat de schade veroorzaakt werd, niet voldoende is, wanneer er overigens eenige schuld of onvoorzigtigheid bestaat aan zijde van hem, die zich op die onmogelijkheid beroept (2).

682. Art. 1403 *e* B. W. spreekt van den vader en de moeder, de schoolonderwijzers en werkmeesters, en zwijgt van de meesters en degenen, die anderen aanstellen tot de waarneming hunner zaken. Art. 1384 C. N. deed dit evenzeer, en de Fransche wetgever heeft niet onvoorbedacht van de laatsten gezwegen. »Ils ne peuvent," zeide de tribun BERTRAND DE GREUILLE, »dans aucun cas, argumenter de l'impossibilité où ils prétendraient avoir été d'empêcher le dommage causé par leurs domestiques ou préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés, et le projet les assujétit toujours à la responsabilité la plus entière et la moins équivoque." Dat het stilzwijgen der wet te hunnen aanzien eene onbeperkte verantwoordelijkheid ten gevolge moet hebben, is dan ook niet twijfelachtig, daar na den regel, dien art. 1403 eerst vaststelt, het laatste lid eene uitzondering behelst, die niet mag worden uitgebreid. De beperking tot de schade, veroorzaakt in de werkzaamheden, waartoe zij de dienstboden en ondergeschikten gebruikt hebben, komt hun dan ook genoeg te stade (3).

683. Wij hebben reeds aangemerkt, dat de verantwoordelijkheid, waarvan wij spraken, alleen een gevolg is van de bepaling der wet in art. 1403 B. W., en in niets anders, ook niet in art. 1402 B. W. genoegzaam gegrond is. In den regel is slechts hij aansprakelijk, die de schade veroorzaakt heeft; die aansprakelijkheid is slechts bij

---

(1) Verg. Arnhem 20 Nov. 1843, *R. B.*, VI, bl. 175 en v. — (2) Verg. TOULLIER, XI, n. 262 en v.; DURANTON, XIII, n. 718; ZACHARIAE, II, § 447, bl. 83; MARCADÉ, op art. 1384 C. N., n. II, V, bl. 269 en v.; YZENDOORN, bl. 35 en v. — (3) Zie *C. N. et Mot.*, V, bl. 262; POTHIER, n. 121; MALLEVILLE, III, bl. 191; TOULLIER, XI, n. 283; DURANTON, XIII, n. 724; ZACHARIAE, II, § 447, bl. 83; MARCADÉ, op art. 1384 C. N., n. III, V, bl. 270; YZENDOORN, bl. 23 en v. Verg. Amsterdam 2 Mei 1854, *N. R. B.*, IV, bl. 464 v. Anders echter TARRIBLE, in *C. N. et. Mot.*, V, bl. 276.

uitzondering tot anderen uitgestrekt. Is dit waar, dan moet daaruit volgen, dat die verantwoordelijkheid ook niet mag worden uitgebreid tot anderen, die in art. 1403 niet met name worden genoemd (1). Wel zou men met eenigen schijn uit het eerste lid, dat inderdaad algemeen luidt, het tegendeel afleiden, maar afdoende kan dit niet zijn. Men zou dan toch moeten aannemen, dat zij, die in art. 1403 *b* — *d* genoemd worden, slechts als voorbeelden worden vermeld; maar wat beteekent dan die vermelding van voorbeelden, en waarom juist deze vermeld? Is het om de verantwoordelijkheid te hunnen aanzien nader te bepalen, hoe zou men haar dan ten aanzien van anderen onbeperkt hebben willen doen zijn? De redactie zelve doet dan ook aan geen voorbeelden denken, terwijl de wet elders zoodanige bedoeling duidelijk doet blijken. En, wat wel alles moet afdoen, de aansprakelijkheid voor andere personen wordt juist in art. 1403 B. W. geregeld, zoodat de vraag, welke de personen zijn, voor welke men aansprakelijk is, ook juist daaruit moet worden beantwoord.

684. Zoò is derhalve de man in het algemeen niet aansprakelijk voor de schade, veroorzaakt door zijne vrouw (2).

Evenmin mag men zoodanige verantwoordelijkheid aannemen ten aanzien van den voogd of den curator. Wil men toch al beweren, dat de voogd met de in art. 1403 genoemde personen vrij gelijk staat, zoo zou dit misschien kunnen bewijzen, dat ook voor hen eene gelijke aansprakelijkheid had kunnen zijn vastgesteld; het zal niet wegnemen, dat *de wet* hen niet aansprakelijk heeft gesteld. Wel moet de voogd voor den persoon van den minderjarige zorg dragen, maar dat deze onder zijne magt staat, gelijk het kind onder die zijner ouders, is nergens bepaald. En echter was er eene wetsbepaling noodig om de ouders verantwoordelijk te doen zijn voor de schade, door hun kind veroorzaakt; hoe zal dan de voogd het stilzwijgende zijn (3)? Ik bedoel hier een zoogenaamden vreemden voogd; is het de vader of de moeder, zoo geldt natuurlijk art. 1403 *b*, daar zij ook als voogd vader of moeder blijven.

Ook ten aanzien van grootouders kan men, mijns bedunkens, zoo-

---

(1) Verg. DABELOW, § 1130, II, bl. 395; ZACHARIAE, II, § 447, bl. 84 en v. — (2) TOULLIER, XI, n. 279 en v.; DURANTON, XIII, n. 720; ZACHARIAE, II, § 447, bl. 85; DE PINTO, II, § 747, 2, bl. 386 en v.; 3e uitg. § 804, 2, bl. 484; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1403 B. W.; YZENDOORN, bl. 14 en v. Verg. kgr. Voorburg 25 Maart 1846, *R. B.*, VIII, bl. 808. Dat eene stad of gemeente niet aansprakelijk is voor onregtmatige daden, door hare bestuurders gepleegd, is beslist door Overijssel 21 Junij 1847, *W* 875. — (3) Anders echter POTHIER, n. 121; DURANTON, XIII, n. 719; DABELOW, § 1130, II, bl. 396; ZACHARIAE, II, § 447, bl. 83 en n. 5; MARCADÉ, op art. 1384 C. N., n. II, V, bl. 269; J. W. L. SASSEN, *De damni resarcitione praesertim coram judice poenali petita* ('s Bosch 1845), bl. 4 en v.

danige aansprakelijkheid niet aannemen (1). Al wonen ook minderjarige kleinkinderen bij hen in, zij worden daardoor geen vader of moeder. Eene geheel analogische toepassing van art. 1403 *b* op hen zou ook niet wel mogelijk zijn, daar er, bij gemis van vaderlijke magt, bezwaarlijk een grond zou bestaan om de grootmoeder slechts bij gebreke van den grootvader aansprakelijk te stellen, terwijl eene meerdere gestrengheid ten aanzien der grootmoeder dan ten aanzien der moeder wel niet aannemelijk zal zijn.

685. Elders verklaart echter de wet, en wel art. 73 C. P., de herbergiers en logementhouders, welke langer dan 24 uren iemand geherbergd hebben, die gedurende zijn verblijf eene misdaad of een wanbedrijf heeft begaan, wanneer zij verzuimd hebben diens naam, beroep en woonplaats op hun register te boek te stellen, burgerlijk aansprakelijk wegens de teruggaven, schadevergoedingen en kosten, dengenen toegewezen, aan wien de misdaad of dit wanbedrijf schade heeft toegebragt.

686. De verantwoordelijkheid, waarvan wij spraken, bepaalt zich tot de vergoeding der schade aan derden veroorzaakt. Dit schijnt mij genoegzaam te worden aangewezen door de bepaling van art. 1403 B. W. zelf, en door de plaats, waar zij in den zamenhang voorkomt. Wat overigens een gevolg mag wezen der daden van personen, voor welke men aansprakelijk is, het B. W. stelt deswege niet verantwoordelijk. Ten aanzien der straf, die de strafwet bedreigt, is men dit in het algemeen niet; behalve in de gevallen, waarin zulks bepaaldelijk is voorgeschreven (2). Anders is het met de kosten, die het gevolg zijn eener vervolging tot straf, en die, volgens art. 156 van het Decreet van 18 Junij 1811, hoofdelijk mede ten laste komen der burgerlijk aansprakelijke personen. Maar ook dit is het gevolg dier bijzondere bepaling en vreemd aan die van art. 1403 B. W. (3).

687. De verantwoordelijkheid der ouders en verdere hier genoemde personen is namelijk alleen ingesteld in het belang van hen, die schade hadden ondervonden, niet van hen, die de schade veroorzaakt hebben. Gene kunnen dus ook tegen deze hunne vordering rigten, op grond van art. 1401 B. W. (4). De ouders en andere genoemde personen vergoeden de veroorzaakte schade slechts voor dezen, en kunnen dan ook, zooveel de omstandigheden zulks toelaten, op

---

(1) DABELOW, t. a. p., noemt echter het tegendeel niet twijfelachtig. — (2) Zie b. v. art. 231 der Alg. Wet v. 26 Aug. 1822 (Sb. n. 38); art. 12 Wet v. 29 Maart 1833 (Sb. n. 3). — (3) Verg. SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1403 B. W. n.; mr. B. J. G., in *Opm. en Med.*, V, bl. 265 en v. Zie voorts TOULLIER, XI, n. 290; ZACHARIAE, II, §, 447, bl. 84; PLIESTER, bl. 68; YZENDOORN, bl. 11; H. R. 22 Julij 1850, *W.* 1188; H. R. 2 April 1850, *W.* 1332; H. R 6 Febr. 1855, *W.* 1680. — (4) YZENDOORN, bl. 39. Verg. N.-Brabant 27 April 1852, *W.* 1359.

dezen hun verhaal uitoefenen (1). Dit geldt ook voor de meesters en hen, die anderen aanstellen tot de waarneming hunner zaken, voor zoo ver niet op hun' eigen last, maar door de schuld van dezen gehandeld is (2). Dit geldt ook van de ouders, en zoo het kind bij hun leven niet heeft teruggeven, hetgeen zij te dier zake hebben betaald, moet dit na hun' dood worden ingebragt (3). Dit geldt van de schoolonderwijzers en werkmeesters, die zelfs, naar de omstandigheden, dat verhaal tegen den vader of de moeder schijnen te kunnen uitoefenen, wanneer de minderjarige leerlingen of knechts bij dezen inwonen (4).

688. Men is ook verantwoordelijk voor de schade, welke veroorzaakt is door zaken, die men onder zijn opzigt heeft; art. 1403 *a* B. W. Zoo is, volgens art. 1404 B. W., „de eigenaar van een dier, of degene die zich van hetzelve bedient, zoo lang hetzelve tot zijn gebruik verstrekt, aansprakelijk wegens de schade welke het dier heeft veroorzaakt".

689. De wet spreekt in het algemeen van een dier, en het is dus onverschillig, welke soort van dier het zij, een gewoon huisdier, een wild dier, een paard, koe of dergelijke (5). De wet spreekt evenzeer algemeen van de schade, welke het dier veroorzaakt heeft, en het is dus in het algemeen onverschillig, of het schade heeft toegebragt door te doen overeenkomstig zijnen aard, gelijk het vee, waar het eens anders weiden afweidt, of tegen zijn gewonen aard door verwildering, gelijk het paard, dat bijt of slaat, de koe, die met de hoornen stoot, onder gewone omstandigheden of door besmettelijke ziekte, enz. (6). Het is voorts, blijkens de slotwoorden van art. 1404, onverschillig, of het dier onder het opzigt en de bewaring is van hem, die er voor aansprakelijk is, dan of het is verdwaald of ontsnapt (7); dit laatste zou ook een gevolg van nalatigheid zijn, waardoor men een' ander geene schade mag laten lijden.

690. De wet zegt, dat de eigenaar van het dier, of degene die zich daarvan bedient, aansprakelijk is, zoolang het tot zijn gebruik verstrekt, en deze laatste woorden zien evenzeer op den eigenaar als op den gebruiker. De redactie van art. 1385 C. N. is anders: „le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable". Gedurende de beraadslagingen werd hierop aanmerking gemaakt; maar de Regering achtte die woorden

---

(1) Verg. ZACHARIAE, II, § 447, bl. 84; VERNEDE, op art. 1403 B. W.; YZENDOORN, bl. 38. — (2) DURANTON, XIII, n. 725; YZENDOORN, bl. 25 en v. — (3) Verg. hierboven V, n. 502. — (4) Verg. DURANTON, XIII, n. 722 en v.; ZACHARIAE, II, § 447, bl. 84, n. 9. Zie echter YZENDOORN, bl. 34, 37 en v. — (5) ZACHARIAE, II, § 448, bl. 85 en n. 2; MARCADÉ, op art. 1385 en v. C. N., n. I, V, bl. 271 en v. — (6) TOULLIER, XI, n. 297, 316; ZACHARIAE, II, § 448, bl. 85 en n. 3; YZENDOORN, bl. 41 en v. — (7) Verg. Breda 7 Oct. 1851, *W.* 1271.

werkelijk zoowel toepasselijk op den eigenaar van het dier, als op dengene, aan wien de eigenaar het ten gebruike heeft gegeven. Men merkte echter hiertegen aan, dat het antwoord der Regering strijdig was met den inhoud van het artikel zelf, omdat dan ook de eigenaar aansprakelijk zou zijn alleen gedurende den tijd, dat het dier tot zijn gebruik verstrekte, terwijl de slotbepaling hem verantwoordelijk stelt ook wanneer het niet onder zijn toezigt was, niet door hem gebruikt werd (1). Die schijnbare strijd is echter gemakkelijk opgeheven, wanneer men art. 1404, gelijk zulks schijnt te behooren, aldus opvat, dat het dier strekt tot gebruik van den eigenaar, tenzij een ander zich er van bedient; dat deze aansprakelijk is zoolang het, te zijner beschikking staande, tot zijn gebruik verstrekt, en de eigenaar voor al den overigen, behalve dien bepaalden tijd, en dat het voor beiden gedurende den tijd hunner aansprakelijkheid onverschillig is, of het dier onder hun toezigt staat of ontsnapt is (2). Wanneer men het tot gebruik verstrekken meer bepaald wilde opvatten, zou des nachts niemand voor het dier aansprakelijk zijn, of wel de eigenaar zou het in elk geval moeten zijn, omdat het niet ten gebruike van den ander verstrekt. Men heeft daarentegen ook de aansprakelijkheid des eigenaars uitdrukkelijk willen beperken; en zoodanige beperking was noodig, omdat anders de benadeelde kon meenen ook dan eene actie tegen den eigenaar te hebben, wanneer het dier aan een' ander ten gebruike is afgegeven, of deze, zoo hij werd aangesproken, kon wanen regt van verhaal op den eigenaar te hebben. Zoodanig verhaal heeft hij nu slechts in bepaalde gevallen, als wanneer het gebruik van het dier hem is verhuurd, in welk geval de verhuurder, volgens art 1588 B. W., gehouden is hem schadeloos te stellen voor het nadeel, ontstaan uit de gebreken van het dier, of zoo het hem ter leen gegeven is, in welk geval, volgens art. 1790 B. W., de uitleener verantwoordelijk is voor het nadeel, veroorzaakt door gebreken, die hij kende, en waarvan hij den gebruiker geen kennis gaf.

691. Bij ons is de eigenaar of gebruiker aansprakelijk wegens de schade, die het dier heeft veroorzaakt, en zij kunnen zich daarvan niet, gelijk volgens het Romeinsch en oud-Hollandsch regt, ontslaan door het dier over te geven aan hem, die de schade heeft geleden (noxae dedere). Hoe algemeen echter de aansprakelijkheid ook mag zijn vastgesteld, men zal haar niet mogen toepassen, en den eisch tot schadevergoeding niet ontvankelijk moeten verklaren, waar de schade, hoezeer letterlijk door een dier toegebragt, slechts door

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 83 en v. PLIESTER, bl. 68, beweert, dat hier eene misstelling plaats had, en dat het woordje *is* behoort verplaatst te worden achter *verstrekt*. Het aangevoerde toont, dat deze stelling willekeurig is en niet aannemelijk. — (2) Verg. VERNEDE, op art. 1404 B. W.

toeval is veroorzaakt, of waar hij, die schade heeft geleden, zelf daartoe aanleiding heeft gegeven. In beide gevallen toch kan men eigenlijk niet zeggen, dat de schade werkelijk veroorzaakt is door het dier. De beoordeeling van dit een en ander moet natuurlijk geheel van de omstandigheden afhangen. Wanneer hij, die schade heeft geleden, het dier wild heeft gemaakt aangehitst of mishandeld, zal men gemakkelijk zijn' eisch tot schadevergoeding ontzeggen (1). Moeijelijker is de beslissing, wanneer de eigenaar zijn dier gebragt heeft op eene afgeslotene plaats, en een derde er door beschadigd wordt, doordien hij, zonder noodzaak en zonder hiertoe bepaaldelijk regt te hebben, zich op die plaats begeeft. In het algemeen schijnt men echter te mogen aannemen, dat ook hier geene aansprakelijkheid kan te pas komen, omdat de eigenaar gedaan heeft wat hij kon, zoo het althans geen wild dier is, hetwelk hij alleen hield uit eene gevaarlijke liefhebberij; en omdat de ander zich zelven alle schade te wijten heeft (2). Wij merken slechts nog aan, dat de eigenaar of gebruiker in de hier veronderstelde gevallen zich op eene uitzondering moet beroepen, waarvan het bewijs voor zijne rekening is.

692. Wanneer de mishandeling of aanhitsing van het dier door een' ander is gepleegd, geloof ik, dat hij, die schade heeft geleden, wel ook tegen dezen, op grond van art. 1401 B. W., maar tevens tegen den eigenaar of gebruiker, op grond van art. 1404 B. W., regt van actie heeft (3), behoudens het verhaal van dezen op hem, die tot de schade aanleiding heeft gegeven. Dat verhaal schijnt ook in den regel te kunnen worden toegekend tegen den herder, die nalatig is geweest in zijn toezigt op het dier (4).

693. Wij merken ten slotte nog aan, dat geene aansprakelijkheid te pas kan komen wegens schade, veroorzaakt door dieren, waarvan men noch eigenaar, noch gebruiker is, zonder dat men daarbij bepaaldelijk schuld had, en dat de omstandigheid, dat de dieren zich op iemands eigendom bevinden, dezen niet verantwoordelijk maakt (5). Voorts dat hij, op wiens grond eenig dier van een' ander loopt, volgens politie-verordeningen dat dier kan doen schutten en bewaren totdat aan hem zijne schade is vergoed (6).

694. „De eigenaar van een gebouw is verantwoordelijk voor de schade door deszelfs geheele of gedeeltelijke instorting veroorzaakt, indien deze door verzuim van onderhoud, of door een gebrek in de

---

(1) Verg. Amsterdam 12 Oct. 1853, *N. R. B.*, IV, bl. 144 en v.; 3 Jan. 1854, *N. R. B.*, IV, bl. 275 en v.; MARCADÉ, op art. 1385 en v. C. N., n. I, V, bl. 271.— (2) TOULLIER, XI, n. 316; ZACHARIAE, II, § 448, bl 85. — (3) Anders YZENDOORN, bl. 45. — (4) DABELOW, § 1130, II, bl. 396. — (5) TOULLIER, XI, n. 306. — (6) Verg. ook de Wet v. 6 Oct. 1791, bij FORTUYN, I, bl. 222; VERNEDE, op art. 1404 B. W.

bouwing of inrigting, is te weeg gebragt"; art. 1405 B. W. De wet spreekt hier alleen van den eigenaar, niet van den gebruiker. Men kan dus geene vergoeding vragen van een' huurder, die ook zelfs jegens den eigenaar tot geen onderhoud verpligt is. Ook tegen den vruchtgebruiker kan men zoodanigen eisch niet instellen, al is de schade ook veroorzaakt door het verzuim van het onderhoud, dat te zijnen laste komt. Derden hebben hier alleen met den eigenaar te doen, behoudens het verhaal van dezen op den vruchtgebruiker (1). Wanneer er meer eigenaren zijn van het huis, zijn zij natuurlijk alle aansprakelijk, maar ieder slechts voor zijn aandeel, en, bij gebreke van uitdrukkelijke bepaling, niet hoofdelijk (2).

695. Duidelijkheidshalve heeft men uitdrukkelijk bepaald, dat de schade evenzeer vergoed moet worden, wanneer zij door eene gedeeltelijke, van een' schoorsteen, van eene dakpan, als wanneer zij door eene geheele instorting is veroorzaakt (3). Het is voorts onverschillig, of de instorting door verzuim van onderhoud of door een gebrek in de bouwing of inrigting is te weeg gebragt. Wel zijn, volgens art. 1645 B. W., indien een gebouw, voor een bepaalden prijs aangenomen en gemaakt, geheel of gedeeltelijk vergaat door een gebrek in de zamenstelling, of zelfs uit hoofde van de ongeschiktheid van den grond, de bouwmeesters en aannemers daarvoor gedurende tien jaren aansprakelijk, maar zij zijn dit jegens den eigenaar; derden hebben alleen met dezen als zoodanig te doen.

696. Bij de beraadslagingen over art. 1386 C. N. werd voorgesteld, om liever in het algemeen te zeggen: "lorsqu'elle est arrivée par sa faute", uit vrees dat men door het noemen van enkele gevallen mogt schijnen andere uit te sluiten. Maar men zal zich bezwaarlijk andere gevallen kunnen denken, waarin de eigenaar wegens eenige schuld aansprakelijk kan zijn (4). De reden der bijvoeging schijnt dan ook alleen gezocht te moeten worden in de bedoeling om uitdrukkelijk des eigenaars verantwoordelijkheid uit te sluiten, waar de instorting een gevolg is geweest van toeval, van eene werking der natuur of van menschelijk geweld (5).

697. Onze wet behelst voorts in art. 702 B. W. eene bepaling, die de C. N. mist, dat namelijk alle gebouwen, muren, heiningen of andere scheidingen, welke, hetzij door ouderdom, hetzij uit anderen

---

(1) TOULLIER, XI, n. 317; ZACHARIAE, II, § 448, bl. 85, n. 10; YZENDOORN, bl. 48 en v. — (2) TOULLIER, t. a. p.; DE PINTO, II, § 747, 4, bl. 387; 3e uitg. § 804, 4, bl. 484; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1405 B. W.; YZENDOORN, bl. 51. — (3) VOORDUIN, V, bl. 84 en v.; YZENDOORN, bl. 48. — (4) MALLEVILLE, III, bl. 192. — (5) YZENDOORN, bl. 49 en v. Verg. N.-Holland 28 Junij 1852, *W.* 1379; 27 April 1854, *N. R. B.*, V, bl. 223 en v.

hoofde, dreigen in te storten, en die het naburig erf in gevaar brengen of hier over heen hangen, moeten afgebroken, opgebouwd of hersteld worden, op de eerste aanmaning van den eigenaar des naburigen erfs. Dit is een regt en eene verpligting, tusschen eigenaren van naburige erven als zoodanig vastgesteld, om schade te voorkomen. Voor de toepassing van art. 1405 B. W. is het echter niet noodig, dat zoodanige aanmaning hebbe plaats gehad; de wet vordert dit niet (1).

698. Art. 1405 B. W. spreekt echter bepaaldelijk van een gebouw, en kan dus alleen daarop worden toegepast (2). Ik meen althans daaruit te moeten afleiden, dat men op grond dier bepaling in het algemeen geene vergoeding vragen kan van de schade, veroorzaakt door den val eener heining of andere scheiding. Eveneens durf ik art. 1405 B. W. niet toepassen op de schade, veroorzaakt door het omvallen van een' boom. Al geldt hier ook hetzelfde beginsel, zoo had dit den wetgever wel kunnen bewegen om ook te dien aanzien hetzelfde te bepalen, maar het geeft den uitlegger geen regt, nu dit niet heeft plaats gehad, eene andere bepaling daarop toe te passen (3).

699. Van welken aard de veroorzaakte schade zij, is onverschillig; de wet spreekt algemeen. Zij geldt dus evenzeer voor hem, die, toevallig voorbijgaande, door de instorting schade heeft geleden, wanneer hem althans zijn' gang te dier plaatse vrijstond, als voor den eigenaar van een aangelegen huis of erf. Ook moet de geheele schade vergoed worden, omdat de wet ook in dit opzigt algemeen spreekt. En of er nu in het naburig huis goederen van weelde, van meer of van minder waarde, ten gevolge der instorting zijn vernield, dit kan op de toepasselijkheid der wet geen invloed hebben (4).

700. Wij merken hier ten slotte nog aan, dat de actio de effusis et dejectis der Romeinen in ons regt niet bepaaldelijk is behandeld, en dus ook niet in dier voege geldig is; maar dat ook te dien aanzien de bepalingen van art. 1401 en 1403 B. W. van toepassing zijn (5).

700 *a*. In het algemeen moet, mijns bedunkens, gelijk reeds (n. 674) werd opgemerkt, de bepaling van art. 1403 *a* B. W. slechts als eene inleiding beschouwd worden tot de verdere bepalingen van dat en de volgende artikelen. Gelijk dan de verantwoordelijkheid voor de daden van anderen bepaald is tot art. 1403 *b*—*d*, is ook die wegens

---

(1) TOULLIER, XI, n. 317; DE PINTO, t. a. p. — (2) Verg. Amsterdam 30 Junij 1852, *N. R. B.*, II, bl. 537 en v. — (3) Zie echter TOULLIER, XI, n. 317 in f. — (4) Verg. echter TOULLIER, XI, n. 317. — (5) Verg. MALLEVILLE, III, bl. 192; TOULLIER, XI, n. 149 en v., 233 en v.; ZACHARIAE, II, § 447, bl. 82, n. 6. Zie echter ook SPANGENBERG, § 827, III, bl. 91, n. 4; DABELOW, § 1131, II, bl. 397.

zaken bepaald tot de gevallen van art. 1404 en v. (1). Voor schade, anders door zaken veroorzaakt, is men alzoo niet aansprakelijk, tenzij ze werkelijk mogt zijn veroorzaakt door eene onregtmatige daad, of door nalatigheid of onvoorzigtigheid, en dus art. 1401 of 1402 toepasselijk mogt zijn. Wij wijzen hierbij nog op eene toepassing in eene uitdrukkelijke bepaling van art. 534 W. v. K., volgens hetwelk de schade, veroorzaakt doordien een schip, door schuld van den schipper of van zijn scheepsvolk, een ander schip overzeilt, of er tegen aanzeilt, aanvaart of aandrijft, vergoed moet worden door den schipper, wiens schip de schade heeft veroorzaakt (2).

701. Wat den tijd betreft, binnen welken de actie moet worden ingesteld, zoo bepaalt art. 1416 *b* B. W., dat, met uitzondering van die vermeld in het eerste lid alle burgerlijke regtsvorderingen tot schadevergoeding wegens daden, welke tot strafvordering kunnen aanleiding geven, te niet gaan door de verjaring, die ten opzigte dezer strafvordering is vastgesteld. »Ten opzigte der strafvordering", zegt de wet; de verjaring der straf zelve, bij een vonnis opgelegd, kom dus niet in aanmerking. Hier gelden alzoo de bepalingen van art. 459—461 W. v. Sv., volgens welke alle vervolgingen ter zake van politie-overtredingen vervallen door verloop van een jaar vervolgingen ter zake van misdrijven, waartegen geene lijf- of onteerende straf is bedreigd, door verloop van vijf jaren; die wegens misdrijven, waartegen de doodstraf is bedreigd, door twintig; die van andere misdrijven, lijf- of onteerende straffen ten gevolge hebbende, door verloop van vijftien jaren. Men heeft de burgerlijke regtsvordering niet langer willen doen voortduren dan de openbare. Bij de beraadslagingen werd dit afgekeurd; de Regering merkte aan, dat de wet bij het vaststellen van den termijn tot verjaring eener publieke actie verondersteld heeft, dat het misdrijf door het tijdsverloop voor geen bewijs vatbaar is, en dat hetzelfde geldt opzigtelijk de burgerlijke regtsvordering (3). Wat daarvan zijn mag, men zou hiertegen met grond kunnen beweren, dat, waar het bewijs onmogelijk is geworden, de uitsluiting der regtsvordering overbodig kan worden geacht, en dat, waar het bewijs geleverd worden kan, de uitsluitende werking van zoodanigen grond onregtmatig zou wezen. Liever zouden wij ons bepalen tot de aanmerking, dat men hem, wien de staat vrijstelt van strafvordering,

---

(1) Anders N.-Holland 1 Oct. 1857, *N. R. B.*, VIII, bl. 151 en v.; N.-Holland 8 Febr. 1858, *N. R. B.*, VIII, bl. 438 en v., waarbij eene pijpgas-compagnie verantwoordelijk is verklaard voor ontploffingen, op grond dat de pijpen met het daarin bevatte gas zaken zijn, die zij onder haar opzigt heeft. — (2) Verg. N.-Holland 26 Maart 1857, *N. R. B.*, VII, bl. 535 en v. — (3) Voorduin, V, bl. 99 en v.

ook tegen eene vordering van bijzondere personen heeft willen waarborgen (1).

702. Art. 1416 *b* B. W. ziet alleen op daden, welke tot strafvordering aanleiding kunnen geven; ten aanzien der overige is niets bijzonders bepaald. En ofschoon het nu vreemd kan schijnen, dat juist bij zulke daden de regtsvordering meer beperkt is, zal men toch voor het overige den gewonen termijn van verjaring van regtsvorderingen ook hier moeten toepassen. Dit geldt ook van de verantwoordelijkheid voor de daden van een' ander, overeenkomstig art. 1403 B. W., die in het algemeen zoo lang duurt als de aansprakelijkheid van den dader zelven (2). Dit laatste is ook het geval, waar de daad aanleiding kan geven tot eene strafvordering; ofschoon toch de vader of ander verantwoordelijk persoon aan geene strafvordering bloot staat, is toch de actie tegen hem eene regtsvordering tot schadevergoeding wegens daden, welke tot strafvordering aanleiding kunnen geven. Hetgeen voorts gezegd is omtrent daden, geldt evenzeer omtrent nalatigheid en onvoorzigtigheid, en is van algemeene toepassing.

702 *a*. Voor het overige zij nog aangemerkt, dat hij, wien schade is veroorzaakt, zich ook in het geding over de strafzaak, waarin de veroorzaker der schade tot straf wordt vervolgd, kan voegen, ten einde zijne vordering gelijktijdig worde behandeld en beslist, mits hij zijne vordering tot schadevergoeding tot *f* 150 of minder, en zoo het eene politie-overtreding gold tot *f* 50 of minder beperkt; art. 231, 253, 4° W. v. Sv.

§ 5.

Bijzondere bepalingen.

703. De art. 1406—1415 zijn vreemd aan den C. N. en kwamen ook in het Wetb. van 1830 niet voor. Ook bij de herziening werd hunne overtolligheid beweerd, op grond dat art. 1401 voldoende zou zijn. De Regering achtte echter zoodanige bepalingen, die ook in art. 1318—1326 Wetb. Nap. voor Holland voorkwamen, onontbeerlijk, omdat bij gebreke daarvan te veel aan de willekeur des regters wordt overgelaten. Art. 1401 behelst wel den algemeenen regel, »doch," zegt de memorie van toelichting, »het stellen van dien regel is onvoldoende, omdat dezelve onbeantwoord laat, wie, in geval van moedwilligen of onvoorzigtigen doodslag, bevoegd is schadeloosstelling te vragen; hoe die schade moet worden gevorderd; waartoe een gewond of verminkt persoon geregtigd is; op welke wijze

(1) Voorduin, V, bl. 82, 83; Asser, § 719. — (2) Toullier, XI, n. 292.

laster, hoon of beleediging moet worden gebeterd; of de gelasterde, gehoonde of beleedigde partij, behalve eene geldelijke vergoeding voor geledene verliezen, niet ook betering van eer kan vorderen; waarin die betering kan bestaan; hoedanig de beleediger alle openbaarmaking, door het betoonen van zijn leedwezen, kan voorkomen; of echtgenooten, ouders, grootouders, kinderen, enz. herstel van eer kunnen vorderen, indien hunne echtgenooten en dierbaarste bloedverwanten, na hunnen dood, schendig in hunnen goeden naam zijn aangerand; of de regtsvordering niet behoort te vervallen, indien uit een vonnis of eene authentieke akte van de waarheid van de gedane aantijging blijkt; of, desniettegenstaande, een bij vonnis gestraft persoon niet behoort te worden gewaarborgd tegen vervolgingen, die geen ander kennelijk doel hebben, dan het voornemen om hem te beleedigen; op welke wijze die regtsvordering verloren gaat." Op al deze vragen geeft art. 1401 het antwoord niet; de hier volgende artikelen geven het (1).

704. In geval van moedwilligen of onvoorzigtigen doodslag, die hier op dezelfde lijn staan, omdat de gevolgen dezelfde en zij beide onregtmatig zijn, hebben, volgens art. 1406 B. W., de overblijvende echtgenoot, de kinderen of de ouders van den nedergeslagene, die door zijn' arbeid plegen te worden onderhouden, eene regtsvordering tot schadevergoeding. Het Ontwerp sprak, even als art. 1318 Wetb. Nap. voor Holland, van de weduwe; hiervoor is gesteld: overblijvende echtgenoot, om de bepaling op beide echtgenooten toepasselijk te maken. Zij is ook tot de ouders uitgebreid, van welke dáár niet werd gesproken; en onder die ouders moeten zoowel natuurlijke als wettige verstaan worden.

705. Maar echtgenoot en kinderen en ouders hebben alleen eene regtsvordering, zoo zij door den arbeid van den verslagene plegen te worden onderhouden. Bij de beraadslagingen werd wel voorgesteld de bepaling meer algemeen te maken, maar de Regering vond daarin zwarigheid, omdat hier alleen de rede is van eene burgerlijke regtsvordering, welke uit haren aard slechts kan strekken tot schadevergoeding, en die niet kan worden toegelegd, wanneer er geene schade bestaat (2). Het schijnt echter niet noodig te zijn, dat zij geheelenal door den verslagene werden onderhouden; ook waar dit gedeeltelijk plaats had, mag hetzelfde worden aangenomen, behoudens den invloed, dien dit moet hebben op het bedrag der schadevergoeding, gelijk dit voorzeker ook behoort tot de omstandigheden, waarvan art. 1406 in het slot spreekt.

706. Het Ontwerp sprak, in navolging van art. 1318 Wetb. Nap.

(1) VOORDUIN, V, bl. 85 en v., 88; ASSER, § 717. Verg. ook art. 3021 en v. Ontw. v. 1820. — (2) VOORDUIN, V, bl. 89 en v. Anders ZACHARIAE, II, § 445, bl. 80.

voor Holland, van schade en winstderving. Bij de beraadslagingen werd dit te algemeen en te onbepaald geacht (1), en de wet spreekt nu alleen van schadevergoeding. Ik geloof echter, dat dit meer eene verandering is in de woorden dan in de zaak; de schade toch, die iemand lijdt door den dood van hem, door wien hij wordt onderhouden, moet noodwendig bestaan in het voordeel, dat hij voor het vervolg moet missen, omdat hij niet meer door hem kan onderhouden worden. Men meende, dat hier te veel van den aard van het bedrijf en den vermoedelijken duur van het leven des verslagenen zou afhangen; maar de wet wil ook zelve de schadevergoeding gewaardeerd hebben naar gelang van den wederzijdschen stand en de fortuin der personen, d. i. van de eischende partij en van den schuldige (2), en naar de omstandigheden, waaronder alles begrepen is, wat tot de regeling van het bedrag in aanmerking kan komen; een bedrag, dat overigens altoos onder het bereik van den schuldige moet zijn.

707. Art. 1319 Wetb. Nap. voor Holland bepaalde, dat tot deze vergoeding gehouden zijn allen, die aan den doodslag mede handdadig geweest zijn, schoon men niet juist kan aantoonen, wie van hen den doodslag heeft toegebragt; art. 3022 *b* Ontwerp van 1820 behelsde hetzelfde. Bij de beraadslagingen werd mede zoodanige bepaling verlangd, uitgestrekt tot hen, die medepligtig waren geweest aan den dood. De Regering maakte echter zwarigheid om in dat voorstel te bewilligen. »De strekking der wet", zeide zij, »is alleen om te bepalen, aa wien het vragen van schadevergoeding toekomt, en op welke wijze de schadevergoeding moet worden gewaardeerd. In hoeverre nu medepligtigen of degenen, die in turba hebben misdreven, insgelijks als schuldigen of hoofdschuldigen zullen moeten worden beschouwd, dit hangt ten eenemale af van het stelsel, dat bij het strafregt op het stuk van medepligtigheid is of zal worden aangenomen, naar hetwelk de burgerlijke regtsvordering zal moeten worden geregeld" (3). Dit zal dan ook wel het geval zijn, zonder dat eene uitdrukkelijke wetsbepaling deswege noodig was.

708. Dit geldt ook ten aanzien van moedwillige of onvoorzigtige kwetsing of verminking van eenig deel des ligchaams, die, volgens art. 1407 *a* B. W., aan den gewonde, en dus aan hem alleen, al zijn er ook anderen, die door hem onderhouden worden, het regt geeft om, behalve de vergoeding der kosten van herstel, ook die der schade, door de kwetsing of de verminking veroorzaakt, te vorderen. Ook hier heeft men het woord winstderving weggelaten (4);

---

(1) Voorduin, V, bl. 89 en v. — (2) Voorduin, V, bl. 90. — (3) Voorduin, V, bl. 93; Vernede, op art. 1407 B. W. Verg. Maastricht 19 April 1855, *W.* 1675; *N. R. B.*, VII, bl. 92 en v. — (4) Voorduin, V, bl. 92.

in tegenoverstelling van de kosten van herstel, moet men echter de winstderving wel begrijpen onder de schade, die vergoed zal worden (1).

709. Een en ander moet, volgens art. 1407 *a* B. W., ook hier weder worden gewaardeerd naar gelang van den wederzijdschen stand en de fortuin der personen en naar de omstandigheden. Men heeft dus ook hier gelet willen hebben op het vermogen van den schuldige, en de verwonde kan alzoo geene volkomene schadevergoeding erlangen, waar deze den schuldige al te zeer zou bezwaren. Veel is hier dus aan het oordeel des regters overgelaten; en het ligt in den aard der zaak, dat de eischer niet in bijzonderheden de werkelijk geleden schade behoeft aan te toonen, wanneer hij maar het bestaan van den grond zijner vordering aanwijst, en van zoodanige omstandigheden doet blijken, naar welke de regter het bedrag der vergoeding kan bepalen (2).

710. Die waardering naar gelang van den wederzijdschen stand en de fortuin der personen en naar de omstandigheden is, volgens art. 1407 *c* B. W., in het algemeen toepasselijk bij de waardering der schade, ontstaan uit elk misdrijf tegen den persoon gepleegd. Men had hierbij het oog op verkrachting, schaking, willekeurige aanhouding en alle verdere misdrijven tegen den persoon, die zonder twijfel ook bij het aanstaand Strafwetboek van die tegen goederen gepleegd onderscheiden zullen worden (3), en die buitendien ook geene uitdrukkelijke onderscheiding in de wet behoeven, omdat zij uit den aard der zaak voldoende van deze te onderscheiden zijn.

711. Art. 1407 B. W. spreekt van schade, door de kwetsing of de verminking veroorzaakt. Verschillend wordt er gedacht over de vraag, of daaronder ook moet begrepen worden de pijn en ontsiering des ligchaams, zoodat ook deswege eene geldelijke vergoeding kan gevorderd worden (4). Het komt mij voor, dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Het schijnt meer aannemelijk, aan het woord *schade* het begrip te hechten van geldelijk nadeel. Dit geldt te meer, wanneer men op het volgend artikel let, waar vergoeding van schade wordt gesteld naast de betering van het nadeel, in eer

(1) Verg. Maastricht, t. a. p.; Zierikzee 18 Mei 1855, *W.* 1675. — (2) VERNEDE, op art. 1407 B. W. — (3) VOORDUIN, V, bl. 92 en v. — (4) Verg. hierbij mijn opstel in *Opm. en Med.*, V, bl. 152—165. Van hetzelfde gevoelen zijn: Z.-Holland 24 Junij 1842, *W.* 314; mr. D. LEON, in het pleidooi, t. z. p.; N.-Holland 7 Jan. 1850, *W.* 1124; Zierikzee 18 Mei 1555, *W.* 1675; J. W. SASSEN, *De damni resarcitione praesertim coram judice poenali petita* ('s Bosch 1845), bl. 43; DE PINTO, II, 3e uitg. § 806, bl. 485 en v. Anders 's Gravenhage April 1842, *W.* 314; Amsterdam 14 Nov. 1849, *W.* 1081; Sneek 14 Mei 1856, *N. R. B.*, VII, bl. 499; mr. A. F. JONGSTRA, in *W.* 74; mr. P. F. L. BLUSSÉ, in *N. Jaarb. v. R. en W.*, VI, bl. 130—149; mr. J. DE BAS, in een pleidooi in *W.* 314; *Regtsg. Adv.*, II, bl. 99—103.

en goeden naam geleden, en waar dit nadeel, dat best met de pijn en ontsiering des ligchaams kan vergeleken worden, dus ook niet onder de schade wordt gerekend. Bovendien wordt hier gesproken van het vergoeden der schade; maar welk voordeel men ook den gewonde verschaffe, vergoeden zal men zijne pijn en de ontsiering van zijn ligchaam niet door geld, omdat dit eene zaak is van geheel vreemdsoortigen aard. Het Wetb. Nap. voor Holland gaf in art. 1320 ook regt op vergoeding der schade, „de pijn en smart en ontsiering van het ligchaam daaronder gerekend," eene uitdrukkelijke bijvoeging, die ook wel niet noodig ware geweest, zoo de schade van zelf dat alles omvatte. En nu heeft onze wetgever, schoon die bepaling blijkbaar voor oogen hebbende, die woorden niet overgenomen, wat hij anders bij gelijke bedoeling al ligt zou gedaan hebben, al was het ook slechts om niet door hunne weglating tot het vermoeden eener andere bedoeling aanleiding te geven. Wanneer men hierbij let op de beperking van art. 1406 B. W. tot het geval, dat de naastbestaanden van den verslagene door zijnen arbeid plegen te worden onderhouden, en hetgeen deswege door de Regering is aangemerkt, dan geloof ik niet, dat men den wetgever in dezen eene andere bedoeling mag toekennen.

712. De wetgever behandelt in art. 1408 en v. B. W. de burgerlijke regtsvordering ter zake van laster, hoon of beleediging. Het is daarbij onverschillig, of die laster, hoon of beleediging mondeling of schriftelijk is gepleegd. Volgens art. 4 van het Besluit van 14 Jan. 1814 (Sb. n. 17) is ieder verantwoordelijk voor hetgeen hij schrijft, drukt of uitgeeft, en is, indien de schrijver niet bekend is of aangewezen kan worden, de drukker alleen aansprakelijk. De beleedigde kan, wanneer de naam des schrijvers niet bekend is gemaakt, zijne vordering tegen den drukker instellen, die, des verkiezende, den schrijver in vrijwaring kan oproepen, tot vergoeding van alle schaden, die hij door toedoen van dezen mogt lijden, maar die niet, gelijk bij eene vervolging tot straf, volstaan kan met eene aanwijzing van den schrijver in den loop des gedings, omdat ook hij, en wel in de naaste plaats, de schade veroorzaakt en nadeel in eer en goeden naam toegebragt heeft (1).

713. In hoe verre er zoodanige laster, hoon of beleediging aanwezig is, staat ter beoordeeling van den regter. Hoedanig intusschen het gezegde op zich zelf beschouwd moge zijn, „de burgerlijke regtsvordering ter zake van laster, hoon of beleediging kan niet worden toegewezen (2), indien niet blijkt van het oogmerk om te beleedigen,

---

(1) Verg. H. R. 16 Febr. 1849, *W.* 997. — (2) In het Ontwerp stond, dat zij *vervalt*; maar zij heeft nooit bestaan. VOORDUIN, V, bl. 96 en v.

maar integendeel noodzakelijke verdediging, regtmatige aanklagte, verpligting om getuigenis der waarheid te geven, pligten van ambt, post, bediening of eenige wettige betrekking, of ook andere regtmatige of geoorloofde inzigten, tot de daad, welke anders hoonend of beleedigend zoude zijn, billijken grond en aanleiding hebben gegeven"; art. 1412 B. W.

714. De wet spreekt van regtmatige aanklagte, terwijl het ontwerp van regtmatige klagten sprak. Men vond dit te onbepaald (1); gelijk het inderdaad was, daar men ook bij het bestaan van regtmatige klagten zeer goed kan gehandeld hebben met het oogmerk om te beleedigen. De gebezigde uitdrukking kent voorts de actie toe wegens dénonciation calomnieuse. Dat de vervulling van een' ambtspligt niet mag blootstellen aan eene regtsvordering, ligt in den aard der zaak; en wanneer ook al een ambtenaar met het opmaken en indienen van een proces-verbaal of eene aangifte te ligtvaardig heeft gehandeld, kan echter geene regtsvordering wegens hoon tegen hem worden toegewezen, zoo hij alleen ter vervulling van zijn' ambtspligt meende te handelen (2). Maar de genoemde omstandigheden en betrekkingen moeten dan billijken grond en aanleiding hebben gegeven tot de daad, welke anders honend of beleedigend zou zijn. Men vindt dus daarin geen' vrijbrief voor hoon en laster, en zij beletten de regtsvordering niet, zoo dikwijls men werkelijk gehandeld heeft met het oogmerk om te beleedigen.

715. De genoemde omstandigheden en betrekkingen omvatten meest alles, wat, zonder het oogmerk om te beleedigen, eene daad kan doen verrigten, die anders honend of beleedigend zou zijn. Hare opnoeming heeft echter geene beperkende strekking; zij kan alleen strekken tot verduidelijking, en om aan de bestrijding van hetgeen ten betooge van het oogmerk om te beleedigen aan de andere zijde wordt aangevoerd, in de wet zelve een bepaalden grond te verschaffen. Overigens is het niet noodig, dat de verweerder juist het bestaan aantoone van eene dier genoemde omstandigheden; voor de toewijzing van den eisch is noodig, dat blijke van het oogmerk om te beleedigen. Men heeft de regtsvordering uitdrukkelijk tot dit geval beperkt; en eene veronderstelling van zoodanig oogmerk kan dus in regten geen opgang vinden (3). Het ligt echter in den aard der zaak, dat het bewijs van zoodanig oogmerk in den regel slechts gegrond kan zijn op vermoedens, uit de omstandigheden geput.

716. De regtsvordering kan voorts in den regel, volgens art. 1413

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 96 en v. — (2) Verg. Maastricht 8 Mei 1843, *W.* 396; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1412 B. W. — (3) VOORDUIN, V, bl. 87, 4°; ASSER, § 718, 4°. Verg. H. R. 30 Mei 1856, *W.* 1753.

a B. W., evenmin worden toegewezen, indien door den regterlijk gewijsde, of uit eene authentieke akte, blijkt van de waarheid der gedane aantijging. Volgens art. 370 C. P. is de daad in diezelfde gevallen ook niet strafbaar. Een vonnis, waarbij men door den strafregter van het misdrijf van hoon en laster is vrijgesproken, kan echter, volgens art. 1956 B. W., bij den burgerlijken regter niet worden ingeroepen om een' eisch tot schadevergoeding af te weren.

717. Wij zeiden, dat in die gevallen de regtsvordering in den regel niet kan worden toegewezen. Hij toch, die, kennelijk met het eenige doel om te beleedigen, iemand met beleedigingen vervolgt, is, volgens art. 1413 *b* B. W., verpligt hem de schade te vergoeden, die hij daardoor lijdt, ook dan, wanneer de waarheid der aantijging uit een gewijsde of eene authentieke akte blijkt. Al is men ook wegens eenig feit veroordeeld, moet men daarom toch, gelijk de Memorie van toelichting zeide, niet als het ware aan de wraakzucht van een' ieder prijs gegeven, en alzoo bijna vogelvrij verklaard worden (1). Om echter in dit geval tot schadeloosstelling verpligt te zijn, moet men kennelijk met het eenige doel van te beleedigen gehandeld hebben. Zoo men slechts bedoelde anderen te waarschuwen, of iets dergelijks, is men geene vergoeding schuldig; zelfs niet wanneer beleediging wel eene neven-, maar niet de eenige bedoeling was. De wet verpligt anders ook alleen tot vergoeding der schade; en zij doet dit opzettelijk, zoodat betering van eer, ook in geval van art. 1413 *b*, niet gevorderd kan worden, gelijk dan ook de waarheid van het aangetijgde den goeden naam in den weg staat en de betering hier uitsluit (2).

718. De burgerlijke regtsvordering ter zake van laster, hoon of beleediging strekt anders, volgens art. 1408 *a* B. W., tot vergoeding der schade en tot betering van het nadeel, in eer en goeden naam geleden. Zij heeft alzoo eene tweeledige strekking: of liever, daar de bepaalde strekking eener regtsvordering van den eischer afhangt, en deze niet verpligt is haar eene zoo omvattende strekking te geven, — er kan een tweeledig doel bereikt worden door eene burgerlijke regtsvordering ter zake van laster, hoon of beleediging. Men kan daardoor vergoeding bekomen der veroorzaakte schade, in eene door den regter vast te stellen somme gelds, en betering van het nadeel in eer en goeden naam geleden, waarvan de bedoelde schade het gevolg was; eene betering, die natuurlijk moet bestaan in eene herstelling van den geschonden goeden naam, en dus noodwendig door andere middelen moet verkregen worden dan door het betalen van geld, met

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 87, 5°; ASSER, § 718, 5°. — (2) Verg. VOORDUIN en ASSER, t. a. p.; SCHÜLLER, op art 1413 B. W.

hetwelk de eer niet kan terugkeeren. De volgende bepalingen strekken tot nadere ontwikkeling van dit een en ander. Door eene minder gelukkige redactie is echter de zaak niet genoegzaam duidelijk voorgesteld, hetgeen dan ook reeds in de praktijk tot moeijelijkheden en verschillende toepassingen aanleiding heeft gegeven.

719. Het tweeledig doel, dat men door eene regtsvordering ter zake van laster, hoon of beleediging kan bereiken, was duidelijker en meer onderscheiden aangewezen in het Wetb. Nap. voor Holland, waar, na de bepaling van art. 1322: »die door woorden, geschriften of dadelijkheden iemands eer beleedigt, is, behalve tot het vergoeden van schade, ook gehouden, de injurie of aangedanen hoon honorabel te beteren,"— vervolgens slechts omtrent de verpligting tot betering van eer nadere bepalingen voorkomen, en in art. 1326 bepaaldelijk wordt gezegd, waarin de betering van injurie bestaat. Dezelfde onderscheiding bestaat ook wel naar onze wet, gelijk zij in den aard der zaak gelegen is; de woorden geven echter tot verwarring aanleiding. Zoo spreekt art. 1408 *b* B. W. van de waardering *daarvan*, en taalkundig moet men hierbij natuurlijk denken aan de vergoeding der schade en de betering van het nadeel in eer en goeden naam beide, of wel ten minste aan dat nadeel, waarvan in de laatste plaats gesproken was. Eene betering van dat nadeel kan echter door geene betaling van geld verkregen worden, omdat, daar de eer en een goede naam geene geldswaarde heeft en niet door geld kan worden vertegenwoordigd, niet alleen de hoegrootheid der te betalen geldsom naar geenen eenigzins voldoenden maatstaf geregeld zou kunnen worden, maar ook in het algemeen in geld niet kan worden teruggegeven, wat aan de eer is ontroofd. Men zou wel den beleedigde een voordeel kunnen verschaffen, door den beleediger tot betaling van geld te verpligten; maar zoo men hierbij al niet aan eene geldboete wil denken ten behoeve van een' bijzonder persoon, in allen gevalle kan de beleedigde wel, door den onderganen hoon als eene bron van winst aan te wenden, in het oog des publieks zich zelven eene nieuwe minachting veroorzaken; maar nimmer kan het geld, dat hij ontving, zijn eer en goeden naam herstellen of beteren, wat toch, blijkens de eigene woorden van art. 1408 *a*, het doel moet zijn. Bovendien zou er, indien beide strekkingen zich bepaalden tot het ontvangen van geld, inderdaad slechts eene enkele strekking aanwezig zijn; en de wetgever zou alleen van vergoeding van schade hebben moeten spreken, behoudens eene nadere opgave van hetgeen hij daartoe gebragt wilde hebben. Het is zoo, ook art. 40 R. O. spreekt van eene gevraagde betering, die zich blootelijk bepaalt tot eene geldsom, en schijnt dus de door ons gemaakte onderscheiding te logenstraffen; aan het slot van dat art. wordt echter ook gesproken van gevallen, waar-

in, nevens of in de plaats van eenige geldsom, een *verdere eisch tot betering* is gedaan; en het is deze verdere eisch tot betering, die in art. 1408 *a* B. W. bedoeld is onder de betering van het nadeel in eer en goeden naam geleden, en die de Regering op het oog had, toen zij, gelijk wij (n. 703) zagen, bij de verdediging van art. 1406 en v. B. W. aanmerkte, dat onder anderen ook bepaald behoorde te worden, „of de gelasterde, gehoonde of beleedigde partij, behalve eene geldelijke vergoeding voor geledene verliezen, niet ook betering van eer kan vorderen." Men vindt dan ook in art. 1414 B. W. de vordering tot schadevergoeding en tot betering van eer naast elkander vermeld. En in art. 43 W. v. B. R. wordt uitdrukkelijk gesproken van eene actie tot herstel van eer en vergoeding van schade en interessen. Dit een en ander schijnt voldoende aan te toonen, dat men bij art. 1408 *b* alleen moet denken aan de waardering der schade, die vergoed moet worden, en dat men hier liever eene onjuistheid in de redactie moet aannemen, dan tevens aan eene waardering in geld denken van het in eer en goeden naam geleden nadeel, welks betering, gelijk ook bij de beraadslagingen werd opgemerkt, plaats moet hebben door de middelen, die art. 1409 en 1410 aanwijzen.

720. Bij eene andere opvatting zou men in deze artikelen de aanwijzing moeten vinden van eene nieuwe strekking der burgerlijke regtsvordering ter zake van laster, hoon of beleediging, maar de opgave, deswege in art. 1408 *a* voorkomende, zou dan tevens pleonastisch en onvolledig en dus onjuist zijn. Schijnbaar vindt echter die meening eenen grond in het woord *bovendien*, dat, in verband gebragt met het voorgaand artikel, welks tweede lid niet met de noodige beperking is uitgedrukt, eenigzins aan eene nieuwe strekking denken doet (1). Deze grond vervalt echter, wanneer men op de geschiedenis dier bepaling let. Het Ontwerp zeide: de beleedigde kan *tevens* eischen. Hiertegen werd echter aangemerkt, „dat men liever, in de plaats van het woord tevens, zoude lezen: *Behalve de vergoeding der schade, kan de beleedigde tevens eischen*, enz., omdat men vooronderstelt, dat in dit artikel de actie tot betering van het nadeel, in eer en goeden naam geleden, behandeld wordt, en alzoo de actie van dit artikel zich niet bij de actie tot betering, maar wel bij die tot schadevergoeding voegen kan." Er is nu wel aan dit verlangen niet bepaaldelijk voldaan, maar in de plaats van „tevens" is toch gesteld: *bovendien;* en daar deze verandering anders vrij onbeteekenend zou zijn, schijnt met grond te mogen worden aangenomen, dat men gemeend heeft, daardoor in den geest der gemaakte aanmerking te handelen (2). Wij vinden dan ook in art. 1410 B. W. eene

(1) Verg. arr. Utrecht 30 Mei 1849, *W.* 1059. — (2) Zie VOORDUIN, V, bl. 94.

belangrijke bevestiging van ons gevoelen. Het wijst een middel aan, waardoor de beleedigde de toewijzing der in art. 1409 vermelde vordering kan voorkomen, onverminderd zijne gehoudenheid tot schadevergoeding; maar wanneer nu art. 1409 iets nieuws behelsde, vreemd niet alleen aan de vergoeding der schade, maar ook aan de betering van het nadeel in eer en goeden naam geleden, dan had ook de gehoudenheid tot die betering in stand gehouden moeten worden; er had ten minste bepaald moeten worden, of ook zij op die wijze wordt voorgekomen of niet. Op gelijke wijze wordt, terwijl art. 1416 *a* B. W. in het algemeen spreekt van de burgerlijke regtsvordering ter zake van laster, hoon of beleediging, in art. 1415 bepaaldelijk van de regtsvordering tot schadevergoeding gesproken, ofschoon dezelfde ratio legis zou gelden voor de betering van het nadeel in eer en goeden naam, zoo ook dit door geld vergoed moest worden. Maar dit is het geval niet, en het onderscheid, dat zoowel in de wet als in den aard der zaak beide zigtbaar is, mag niet worden verwaarloosd (1).

721. De vergoeding der schade, waarvan art. 1408 *a* spreekt, bedoelt die schade, dat in geld berekenbaar nadeel, 'twelk een gevolg is van en voortspruit uit de benadeeling der eer. Deze is altoos eene onmiddellijke uitwerking der beleediging, die tot eene burgerlijke regtsvordering aanleiding geeft. Zij kan die schade ten gevolge hebben, maar behoeft dit niet noodzakelijk, daar het zeer ligt mogelijk is, dat iemand, hoezeer in zijne eer aangerand, hierdoor echter geen geldelijk nadeel ondervindt; dit is slechts dan het geval, wanneer hij ten gevolge daarvan, door het verlies van zijn krediet of van de achting zijner medemenschen, schade lijdt of voordeelen missen moet. Ook hier toch moet niet alleen het damnum emergens, maar ook het lucrum cessans in aanmerking komen, of liever het laatstgenoemde zal uit den aard der zaak in den regel alleen aanwezig zijn.

722. Eene bepaalde, in de bijzonderheden gestaafde aanwijzing der aldus geleden schade, is uit den aard der zaak niet ligt mogelijk. Zij is dan ook, geloof ik, geen vereischte (2), zoo maar — wat vóór alles noodig is (3) — het werkelijk bestaan van schade wordt aangetoond, met zoodanige omstandigheden, die, hoezeer dan met

(1) Verg. bij dit een en ander mr. J. W. TROMP, in *Themis*, III, bl. 273 en v., bepaaldelijk bl. 277—293; D. VAN ECK, in eene memorie in *W.* 980; V. SAVIGNY, *Obligr.*, II, bl. 321 en v. Anders DE PINTO, II, 3e uitg. § 807, bl. 487 en v.; mr. P. F. L. BLUSSÉ, in *N. Jaarb. v. R. en W.*, VI, bl. 134 en v.; SASSEN, bl. 43 en v.; N.-Holland 7 Jan. 1850, *W.* 1124; kgr. 's Hage 12 Sept. 1853, *W.* 1475. — (2) Verg. H. R. 2 April 1850, *W.* 1139. — (3) Winschoten 21 April 1852, *N. R. B.*, II, bl. 713 en v. Zie intusschen ook H. R. 29 April 1851, *N. R. B.*, I, bl. 465 en v., *W.* 1258.

geene wiskunstige naauwkeurigheid, toch genoegzaam over den omvang der veroorzaakte schade laten oordeelen. Behoudens hare begrooting tot een bepaald bedrag door den eischer, moet hier natuurlijk veel aan het oordeel der regters worden overgelaten. En dit kan te minder zwarigheid opleveren, daar de wet zelve een ruim veld voor de beslissing des regters overlaat en de vergoeding, hoezeer natuurlijk in evenredigheid met, echter niet juist gelijk aan de veroorzaakte schade wil zien vastgesteld.

723. De regter zal namelijk, volgens art. 1408 *b* B. W., bij de waardering daarvan, d. i. van de te vergoeden schade, letten op het min of meer grove van den laster, den hoon of de beleediging, benevens op de hoedanigheid, den stand en de fortuin der wederzijdsche partijen en op de omstandigheden. Tot deze omstandigheden behoort onder anderen, of er door den beleedigde, door terging als anderszins, ook eenige aanleiding tot beleediging is gegeven (1). Omtrent den stand en de fortuin der wederzijdsche partijen geldt ook hier hetzelfde als bij art. 1406 en 1407 B. W.

724. Waarin de betering van het nadeel, in eer en goeden naam geleden, bestaat, bepaalde art. 1426 Wetb. Nap. voor Holland, en wijzen thans art. 1409 en 1410 B. W. aan. De beleedigde kan namelijk eischen, dat bij het vonnis worde verklaard, dat de gepleegde daad is lasterlijk, honend of beleedigend, en dat het vonnis ten koste van den veroordeelde openlijk worde aangeplakt bij zoo vele exemplaren als en daar waar de regter zulks zal bevelen; art. 1409 B. W. De wetgever heeft aan die aanplakking van het vonnis de voorkeur gegeven boven de openlijke recantatie, waartoe de beleediger, volgens de oude wetgeving dezer landen, zelfs bij gijzeling, kon worden genoodzaakt (2). Die aanplakking is echter niet van zelf in den eisch, dat de gepleegde daad lasterlijk verklaard zal worden, begrepen, zij heeft slechts plaats *indien de beleedigde zulks vordert.* De ingestelde regtsvordering moet dus uitdrukkelijk ook een daartoe strekkenden eisch bevatten, waarmede alzoo de hoofdvordering wordt vermeerderd (3).

725. Onverschillig, of de vordering ook daartoe strekt, dan wel alleen tot lasterlijk-verklaring der gepleegde daad, kan, volgens art. 1410 B. W., de verwerende partij, de beleediger dus, de toewijzing dier vordering voorkomen, door het aanbod en de werkelijke aflegging van eene openbare verklaring voor den regter, houdende, dat haar de gepleegde daad leed doet, dat zij deswege verschooning vraagt en den beleedigde houdt voor een' persoon van eer. Men heeft

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 93 en v. — (2) VOORDUIN, V, bl. 87, 1°; ASSER, § 718, 1°. — (3) Verg. SCHÜLLER, op art. 1409 B. W.

gedacht, dat door zoodanige berouwbetooning of vrijwillige recantatie de geschonden eer en goede naam voldoende worden gebeterd en hersteld (1). Eene buitengeregtelijke verklaring is hier echter niet voldoende, eene openbare verklaring voor den regter is noodig; en deze moet niet alleen worden aangeboden (2), maar ook werkelijk afgelegd, gelijk de wet uitdrukkelijk bepaalt; zeker om te kennen te geven, dat, wanneer de beleediger met de aflegging der verklaring toeft, aan den eisch gevolg kan worden gegeven. Die voorkoming geschiedt echter onverminderd de gehoudenheid tot schadevergoeding, gelijk de aanhef van art. 1410 B. W. uitdrukkelijk zegt; de verpligting tot geldelijke vergoeding kan dus door zoodanige verklaring niet worden opgeheven of verminderd.

726. Art. 1409 *a* B. W. zegt, dat de beleedigde kan vorderen, dat de gepleegde daad *bij hetzelfde vonnis* lasterlijk verklaard wordt. Men zou, geloof ik, deze woorden verkeerd opvatten, wanneer men daaruit wilde afleiden, dat die vordering alleen als accessorium van die tot schadevergoeding kan worden ingesteld, en dat zoodanige verklaring alleen kan plaats hebben bij een vonnis tot schadevergoeding (3). Art. 40 R. O. toch veronderstelt niet slechts het geval, dat nevens, maar ook dat *in de plaats van* eenige geldsom, een verdere eisch tot betering gedaan is, gelijk deze ook gevraagd moet kunnen worden, waar geene schade is geleden. De bedoeling schijnt alleen te zijn, dat er geene twee afzonderlijke vonnissen gevorderd worden omdat er een tweeledig doel wordt beoogd, maar dat hij, die vergoeding van schade wil vorderen en bovendien betering van het nadeel in eer en goeden naam, zulks bij ééne vordering moet doen, waarop bij één vonnis wordt beslist (4). Hij, die slechts het een of het ander vordert, beneemt zich daardoor de gelegenheid, om ook het andere te vorderen. Dit schijnt ook overeenkomstig art. 1414 B. W.; en daarom wordt misschien ook in art. 1408 *a* B. W. in het enkelvoud gesproken van de burgerlijke regtsvordering.

727. „De regtsvorderingen in de drie voorgaande artikelen vermeld", zegt art. 1411 B. W., d. i. die tot vergoeding der schade en tot betering van het nadeel in eer en goeden naam geleden, „komen ook toe aan echtgenooten, ouders, groot-ouders, kinderen en kleinkinderen, wegens laster, hoon of beleediging hunnen echtgenooten, kinderen, kleinkinderen, ouders en groot-ouders, na derzelver overlijden, aangedaan". Men begreep, dat de nagedachtenis van een braaf man niet aan den laster van iederen boosaardige behoort te wor-

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 87; ASSER, § 718. — (2) Voor dat aanbod is geen bepaalde vorm voorgeschreven. Verg. Winschoten 26 Maart 1851, *N. R. B.*, II, bl. 17 en v. — (3) Zie echter H. R. 26 April 1853, *W.* 1485. — (4) Verg. TROMP, t. a. p., bl. 289 en v.

den prijs gegeven, zonder dat aan zijne naaste bloedverwanten het middel werd verschaft om de eer van den overledene door eene regtsvordering te wreken (1). Ten tijde der beraadslagingen werd aangemerkt, dat den overledene geen hoon kan worden aangedaan, omdat die hem niet kan treffen, en dat dus, voor de toepassing van dit artikel, de laster, hoon of beleediging aan de nageblevene betrekkingen zelve zou moeten zijn aangedaan, terwijl anders ook de wel eens ongunstige beoordeelingen van daden van overledenen voor lasterlijk zouden kunnen gehouden worden, en het nadeel en de schade niet voor begrooting vatbaar zou zijn, daar de overledene die niet ondergaat. De Regering gaf hierop echter met regt ten antwoord, dat, wanneer de eer van den overleden vader wordt aangerand, die hoon op den zoon nederdaalt, en dat hier van geene ongunstige beoordeeling sprake kan zijn, daar voor eene regtsvordering ter zake van hoon, laster of beleediging altijd de bedoeling om te beleedigen gevorderd wordt (2). Dat nederdalen van den hoon eens overleden vaders op den zoon kan ook voor dezen schade veroorzaken, en ofschoon die in den regel geringer zal zijn dan die, welke een beleedigde zelf zal lijden, moest toch ook voor gene vergoeding gevorderd kunnen worden.

728. De wet veronderstelt hier, dat de laster, hoon of beleediging den echtgenooten, kinderen, kleinkinderen, ouders en grootouders, na hun overlijden is aangedaan (3). Art. 1324 Wetb. Nap. voor Holland behelsde eene meer algemeene bepaling, en gaf het regt om betering van eer te vorderen niet alleen aan hem, die regtstreeks beleedigd is, maar ook aan diegenen, die zich door de aangedane injurie zijdelings voor beleedigd kunnen houden; b. v. de vader van een minderjarigen zoon, de man eener getrouwde vrouw, wanneer dien zoon of die vrouw eene injurie is aangedaan. Dit is echter in dien omvang door onzen wetgever niet overgenomen.

729. Het regt van dien zijdelings beleedigde verviel natuurlijk niet door den dood van hem, die bij zijn leven regtstreeks beleedigd was. Ook nu gaat, volgens art. 1415 B. W., de regtsvordering tot schadevergoeding niet verloren door den dood van den beleedigde (4); zij kan echter dan niet worden ingesteld of vervolgd door zijne in art. 1411 B. W. genoemde betrekkingen als zoodanig, wier regt tot het geval eener beleediging na het overlijden van hem, wien zij betrof, is beperkt, maar door de erfgenamen van den beleedigde, die in diens regten optreden. Art. 1415 B. W. spreekt bepaaldelijk van

(1) Voorduin, V, bl. 87, 3°; asser, § 718, 3°. — (2) Verg. voorduin, V, bl. 95 en v. — (3) Kgr. 's Hage 24 Maart 1852, *W.* 1320. — (4) Voorduin, V, bl. 99.

de regtsvordering tot schadevergoeding, niet van die tot betering van het nadeel in eer en goeden naam geleden; men mag hieruit echter niet afleiden, dat deze met den dood van den beleedigde vervalt (1); dit zou ook op zich zelf minder gegrond en, vergeleken met de bepaling van art. 1411 B. W., weinig consequent zijn.

730. Evenzeer gaat, volgens art. 1415 B. W., de regtsvordering tot schadevergoeding niet verloren door den dood van den beleediger. Ook hier zal men uit deze bepaling niet mogen afleiden, dat die tot betering van het nadeel in eer en goeden naam geleden, door den dood des beleedigers te niet gaat (2). Deze is ook door dien dood niet ongepast en vooral niet doelloos geworden; en zoo zij al door het in art. 1410 aangewezen middel niet meer kan worden ontweken, daar eene verklaring van de erfgenamen des beleedigers weinig zou afdoen, is zij zelve daardoor niet uitgesloten. Wat bepaaldelijk den eisch tot schadevergoeding betreft, de beleedigde partij behoort door het overlijden van den beleedigde geen geldelijk nadeel te ondergaan. En de aanmerking, dat de poenale actiën volgens de gewone beginselen niet overgaan tegen de erfgenamen, dan wanneer zij bij het leven zijn ingesteld, werd door de Regering teregt beantwoord met de opmerking, dat hier geene rede is van eene poenale actie, „maar van eene bloot burgerlijke regtsvordering tot schadevergoeding, welke evenzeer ex injuria als e furto aan den erfgenaam toekomt," terwijl de erfgenamen dadelijk en lijdelijk in alle regtsvorderingen van hunnen erflater opvolgen. De aanmerking, dat de beleediger zich na zijn' dood niet meer kan verdedigen op grond dat het oogmerk om te beleedigen niet bestond, is ook van geen gewigt, daar ook tegen de erfgenamen het bestaan van dit oogmerk moet blijken, en de verdediging daartegen ook voor de erfgenamen niet onmogelijk is (3).

731. Alle burgerlijke regtsvorderingen ter zake van laster, hoon of beleediging vervallen voorts, volgens art. 1414 B. W., door uitdrukkelijke of stilzwijgende kwijtschelding. De laatste bestaat, volgens den verderen inhoud van dat artikel, maar in het oog der wet dan ook alleen, indien, na de gedane en aan den beleedigde bekend gewordene beleediging, door hem zoodanige blijken van verzoening of van vergiffenis zijn gegeven, als met het voornemen om schadevergoeding of betering van eer te vorderen niet kunnen worden overeengebragt (4). Er kan dus geene stilzwijgende kwijtschelding worden

---

(1) Verg. mr. GRATAMA, in *N. Bijdr. v. R. en W.*, I, bl. 420. Anders in de 1e uitg. en TROMP, t. a. p., bl. 284. — (2) Anders in de 1e uitg. — (3) Zie VOORDUIN, V, bl. 98 en v.; verg. bl. 87 en v.; ASSER, § 718, 6°; SCHÜLLER, op art. 1415 B. W. — (4) VOORDUIN, V, bl. 98.

afgeleid uit eenige handeling, welke plaats had vóórdat de beschuldigde van de beleediging kennis droeg.

732. De burgerlijke regtsvordering ter zake van laster, hoon of beleediging vervalt voorts, volgens art. 1416 *a* B. W., door verloop van een jaar, te rekenen van den dag, dat de daad gepleegd en aan den aanlegger bekend was. Die bekendheid is noodig, omdat het onbillijk was de regtsvordering te doen verjaren gedurende den tijd, dat de daad niet ter kennis was gekomen van den beleedigde; of liever van den aanlegger, gelijk de wet zegt, om de bepaling ook toepasselijk te maken op art. 1411 B. W., waar de overledene eigenlijk de beleedigde is. Het jaar begint te loopen sedert den dag, op welken de daad gepleegd is, zoo deze dadelijk den aanlegger bekend werd, en anders sedert dien, waarop zij hem bekend geworden is (1).

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 100 en v.; VERNEDE, op art. 1416 B. W.

VIERDE TITEL.

Van het te niet gaan der verbindtenissen.

§ 1.

Inleiding.

733. Onze wetgever behandelt de wijzen, waarop verbindtenissen te niet gaan, na die verbindtenissen zelve, eerst in het algemeen en daarna afzonderlijk, als gevolg eener overeenkomst en als geboren uit kracht der wet, bepaaldelijk ten gevolge van eenige regtmatige of onregtmatige daad, te hebben beschouwd. In den C. N. maken de bepalingen omtrent ons onderwerp slechts een afzonderlijk hoofdstuk uit van den titel, die over verbindtenissen uit overeenkomst handelt, en gaan zij dus vóór den titel, waarin over verbindtenissen, die buiten overeenkomst ontstaan, gesproken wordt. Men gaf als reden daarvoor op, dat sommige wijzen van te niet gaan bijzonder eigen zijn aan de verbindtenissen uit overeenkomst (1). Dit belet echter niet, dat verreweg de meeste op beide soorten van verbindtenissen evenzeer toepasselijk zijn. En terwijl eene enkele daarom slechts niet toepasselijk is op de eene soort, omdat de aard der zaak die toepassing onmogelijk maakt, kan het niet anders dan doelmatig zijn, over het te niet gaan der verbindtenissen niet te spreken vóórdat de algemeene beschouwing dier verbindtenissen tot zoo ver was voltooid, en daardoor allen twijfel omtrent de algemeene toepasselijkheid der bepalingen deswege op beide soorten buiten te sluiten (2). Met dezen vierden titel wordt nu de algemeene beschouwing der verbindtenissen gesloten.

---

(1) TOULLIER, VII, n. 1. — (2) Verg. ASSER, § 720.

734. Volgens art. 1417 B. W. gaan verbindtenissen te niet:

door betaling;

door aanbod van gereede betaling, gevolgd van consignatie of bewaargeving;

door schuldvernieuwing;

door vergelijking of compensatie;

door schuldvermenging;

door kwijtschelding der schuld;

door het vergaan der verschuldigde zaak;

door de nietigheid of de tenietdoening (in het opschrift der achtste afdeeling *vernietiging* genoemd);

door de werking eener ontbindende voorwaarde, waarvan in den eersten titel van dit boek gehandeld is; en

door verjaring, welke het onderwerp van eenen afzonderlijken titel, den zevenden van het vierde boek, uitmaakt. De acht eerstgenoemde wijzen worden in zoo vele afdeelingen van dezen titel behandeld.

735. De opgenoemde wijzen zijn in het algemeen op alle verbindtenissen toepasselijk, voor zoo ver de aard der zaak hare werking niet uitsluit, en daarom verdienden zij in dezen titel hare plaats. Er zijn ook bijzondere wijzen, waarop slechts sommige verbindtenissen te niet gaan, maar deze moesten juist eene afzonderlijke plaats vinden in den titel, waarin over zoodanige verbindtenis wordt gesproken. Zoo bepalen art. 1683 en 1850 B. W., dat maatschap en lastgeving eindigen door den dood, de curatele, den staat van faillissement of van kennelijk onvermogen van een' der vennooten en van den lastgever of den lasthebber; maar in het algemeen gaan verbindtenissen niet te niet door den dood van eene der partijen, omdat de erfgenamen opvolgen in de regten en verpligtingen van den erflater, noch door eene verandering van haar persoonlijken staat. Zoo eindigt, volgens art. 1683 B. W., maatschap door den enkelen wil van eenige of ook maar één der vennooten; lastgeving, volgens art. 1850 B. W., door herroeping van den lastgever of opzegging door den lasthebber; maar in het algemeen is de afzonderlijke wil van ééne der partijen niet voldoende om verbindtenissen te niet te doen gaan.

736. Anders is dit met den overeenstemmenden wil van beide partijen, die eene overeenkomst kan bewerken, waarbij eene vroegere wordt herroepen, of die in alle gevallen, partijen tot wet verstrekkende, eene bestaande verbindtenis kan opheffen, ook zonder schuldvernieuwing of kwijtschelding (1). Hetzelfde geldt van eene herroe-

---

(1) DE PINTO, II, § 750, bl. 388; 3e uitg. § 810, bl. 489; VERNEDE en SCHÜLLER, op art. 1417 B. W.; welke laatste ten onregte beweert, dat de herroeping zich niet dan op eene der opgegevene wijzen kan openbaren. Verg. TOULLIER, VII, n. 2, 1°; DURANTON, XII, n. 4.

ping, zoo die, overeenkomstig art. 1374 *b* B. W., plaats heeft uit hoofde van redenen, welke de wet daartoe voldoende verklaart. Zoo is ook het verloopen van den tijd, voor welken verbindtenissen zijn aangegaan, evenzeer in het algemeen eene wijze, waarop zij te niet gaan, als de werking eener ontbindende voorwaarde, waarvan art. 1417 B. W. met name spreekt (1). Geheel volledig schijnt dus de opnoeming in art. 1417 B. W. niet te zijn.

737. De vernietiging eener verbindtenis geschiedt ook bij regterlijk vonnis, op grond eener door de wet erkende oorzaak. In zoo ver kan men zeggen, dat eene verbindtenis door een vonnis vernietigd wordt. Men heeft echter ook wel eens beweerd, dat verbindtenissen te niet gaan door een vonnis of ook door het afleggen van een decisoiren eed, wanneer een eisch wordt ontzegd, die in eene werkelijke verbindtenis gegrond was, of de vordering op den eed des schuldenaars afstuit (2); die bewering schijnt echter op eene minder juiste voorstelling te berusten. Inderdaad blijft eene verbindtenis, niettegenstaande zoodanig vonnis of den afgelegden eed, evenzeer bestaan, want nergens is hieraan zulk eene vernietigende kracht toegekend. En in regten wordt zij nu wel als niet bestaande beschouwd en de eisch ontzegd, omdat zij niet bestaat; maar wat niet bestaat, behoeft niet te niet te gaan, en de beslissing, dat iets niet bestaat, kan niet als eene vernietiging beschouwd worden (3).

738. Ditzelfde is niet het geval met de verjaring. Art. 1417 B. W. noemt haar uitdrukkelijk op onder de wijzen, waarop verbindtenissen te niet gaan; art. 1983 B. W. noemt haar een middel om van eene verbindtenis bevrijd te worden; en in de derde afdeeling van den titel van verjaring wordt deze, blijkens het opschrift, eveneens beschouwd als een middel om van eene verpligting bevrijd te worden. Wel is beweerd, dat de verjaring ten onregte door de wet als zoodanig is voorgesteld (4); maar, behalve dat een beroep op POTHIER krachteloos wordt, waar de wet uitdrukkelijk van hem is afgeweken, vindt die bewering ook daarin geen grond, dat het middel niet ambtshalve door den regter mag worden toegepast, en de schuldenaar niet slechts uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend daarvan afstand kan doen. Hierdoor wordt wel de kracht der verjaring beperkt tot het geval, dat de schuldenaar haar inroept, even als ook eene vernietiging der verbindtenis slechts

---

(1) Verg. MARCADÉ, IV, n. 662. Mr. OPZOOMER, III, bl. 61 en v., merkt aan, dat de verbindtenis hier door de oorspronkelijke overeenkomst te niet gaat, waarbij de tijdsbepaling of de voorwaarde is vastgesteld. — (2) TOULLIER, VII, n. 2, 8°; DURANTON, XII, n. 3. — (3) Verg. MARCADÉ, IV, n. 663 en v., en in *Rev. d. rev. de droit*, IX, bl. 114. — (4) Zie ZACHARIAE, I, § 314, bl. 334, n. 9. Verg. POTHIER, n. 676; NIENHUIS, *Voorl.*, I, bl. 95 en v., n. 9; mr. J. C. V. D. KASTEELE, in *Themis*, X, bl. 525 en v.

op eene vordering in regten kan plaats hebben, maar het belet niet, dat de verjaring, waar zij wordt ingeroepen, niet alleen de vordering, maar de geheele verbindtenis vernietigt (1).

739. Bij de beraadslagingen werd gevraagd, waarom in dezen titel niet van boedelafstand gehandeld wordt, gelijk de C. N. daarover werkelijk spreekt in de afdeeling, die van betaling handelt. De Regering gaf hierop ten antwoord, dat verbindtenissen geenszins door boedelafstand te niet gaan en deze niet tot de stof van betaling behoort, waartoe zij in het Fransche wetboek verkeerdelijk is gebragt, daar de bepaling,. dat de schuldenaar daardoor niet bevrijd wordt, dan tot het beloop van de waarde der afgestane goederen, ten duilijkste aantoont, dat door boedelafstand geene bestaande verbindtenissen ontbonden worden, en zij dus even zoo min een middel is om de verbindtenis te doen te niet gaan, als eene tegen den schuldenaar gerigte executie, ten gevolge van welke de schuldeischer minder dan het beloop zijner vordering ontvangt (2).

AFDEELING I.

Van betaling.

§ 2.

Door en aan wien, waar en hoe betaald kan worden.

740. Onder *betaling* verstaat men in den gewonen, meer beperkten zin de voldoening van eenige geldsom. Men bezigt het woord in navolging van het latijnsche *solutio*, ook wel in zeer ruimen zin, zoodat het alle wijzen, waardoor de schuldenaar ontheven wordt van de verbindtenis, en dus, behalve de betaling in den zin waarin zij hier voorkomt, ook de op een aanbod gevolgde bewaargeving, schuldvernieuwing enz., omvat. Hier is betaling de vervulling van datgene, waartoe men verpligt is, de voldoening aan de verbindtenis, hetzij die bestaat in de overgifte eener geldsom, of in de levering van eenige andere zaak, of wel in het verrigten der verschuldigde daad (3). Die betaling is de meest

(1) Verg. MARCADÉ, IV, n. 661, 9°; V. BONEVAL FAURE, *Observ. ad. tit. VII libri IV Cod. Civ.* (Gron. 1848), bl. 25—30. — (2) VOORDUIN, V, bl. 101 en v. — (3) DE PINTO, II, § 751, bl. 388; 3e uitg. § 841, bl. 490; PLIESTER, bl. 69; SCHÜLLER, op art. 1419; VERNEDE, op art. 1417 B. W.; TOULLIER, VII, n. 5; DURANTON, XII, n. 9; MARCADÉ, IV, n. 661, 1°; D. EVEKINK, *De debiti solutione*, etc. (Utrecht 1827), bl. 2 en v.; MOLSTER, *Bepalingen van Wet en Regt omtrent den geld- en fondsenhandel*, bl. 34; J. K., in *Opm. en Med.*, V, bl. 201.

natuurlijke wijze om eene verbindtenis te doen te niet gaan; en dit te niet gaan moet van die betaling wel het noodzakelijk gevolg zijn.

741. Het meest natuurlijk geschiedt de betaling door den schuldenaar, of door iemand, die op eenige wijze daartoe verbonden is en alzoo bij de opheffing der verbindtenis belang heeft; en het ligt dus wel in den aard der zaak, wat art. 1418 *a* B. W. zegt, dat eene verbindtenis kan gekweten worden door een' ieder, die daarbij belang heeft, gelijk een medeschuldenaar of een borg. Maar eene verbindtenis kan, volgens art. 1418 *b*, zelfs gekweten worden door eenen derde, die daarbij geen belang heeft, en het is alzoo in den regel onverschillig, wie de betaling doet.

742. In den regel, zeg ik. Ofschoon toch art. 1418 B. W. algemeen luidt, lijdt het eene uitzondering ten aanzien der verbindtenissen, welke strekken om iets te doen; als die, volgens art. 1419 B. W., door eenen derde niet kunnen gekweten worden, in weerwil van den schuldeischer, indien deze er belang bij heeft, dat de daad door den schuldenaar zelven verrigt wordt (1). In het algemeen kan ook eene verbindtenis om iets te doen wel door een' derde gekweten worden, en aan de zijde van dezen of van den schuldenaar is daartegen geen beletsel. Maar terwijl bij eene verbindtenis om iets te geven alles aankomt op de zaak, die geleverd worden moet, en de persoon, die geeft, onverschillig is, kan deze bij eene verbindtenis om iets te doen zeer in aanmerking komen, omdat het bij menig werk van groot belang is, of het door den een of door een' ander wordt verrigt (2). Wanneer de schuldeischer er genoegen in neemt, kan ook hier de verbindtenis door een' derde gekweten worden, want hij is de eenige, tegen wiens belang dit strijden kan. Eveneens kan zulks, zoo dikwijls hetgeen gedaan moet worden van dien aard is, dat het onverschillig is, wie het doet; en in dit geval kan ook de schuldeischer de voldoening door een' derde niet beletten. Die voldoening kan alleen dan niet geschieden tegen den wil van den schuldeischer, indien deze er belang bij heeft, dat de daad door den schuldenaar zelven verrigt worde; en de schuldeischer moet dus, zoo er deswege geschil ontstaat, dit belang, waarop hij zijne weigering alleen kan gronden, bewijzen (3). Wanneer dit belang bestaat, kan de verbindtenis niet alleen niet gekweten worden door een' derde, die daarbij geen belang heeft, maar ook niet door den borg, en in het algemeen

---

(1) Bij de beraadslagingen werd aangemerkt, dat dit art. in den eersten titel behoorde te staan; de Regering was teregt van een tegenovergesteld gevoelen, omdat het over betaling of kwijting handelt. Zie VOORDUIN, V, bl. 103. — (2) DE PINTO, t. a. p.; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1419 B. W.; POTHIER, n. 500; TOULLIER, VII, n. 13; DURANTON, XII, n. 20. — (3) SCHÜLLER, op art. 1419 B. W.

door geen' ander dan den schuldenaar: de laatste woorden van art. 1419 wijzen dit voldoende aan, en dit geheele artikel behelst in het algemeen eene uitzondering op de bepaling van het voorgaande (1). Voor het overige veronderstelt de wet hier, dat omtrent den persoon, die de verbindtenis zal vervullen, door de partijen geen uitdrukkelijk beding is gemaakt; waar dit wèl is geschied, behoeft de schuldeischer geene afwijking daarvan te gedoogen, al kan hij ook geen belang bewijzen (2).

743. In het algemeen kan een derde, volgens art. 1418 *b* B. W., de verbindtenis kwijten, hetzij door te handelen in naam van den schuldenaar, met uitdrukkelijke vermelding dus, dat de betaling geschiedt tot kwijting van dezen, hetzij door te handelen in zijn' eigen naam. Het eerste kan vooral een lasthebber doen; daartoe is echter niet noodig, dat men eenigen last van den schuldenaar bekomen heeft; de derde kan ook als negotiorum gestor optreden, en aldus in naam en tot kwijting van den schuldenaar betalen, ook zonder dat deze daarvan iets weet. Ja, een derde kan ook tegen den wil des schuldenaars in diens naam betalen (3). Art. 1418 *b* B. W. sluit dit niet uit, maar bepaalt in het algemeen, dat eene verbindtenis door een' derde in naam en tot kwijting van den schuldenaar kan gekweten worden; en de verbindtenis gaat ook in het algemeen door zoodanige betaling te niet. Ook wanneer men aanneemt, dat eene waarneming van eens anders belangen tegen diens wil in het algemeen de gewone gevolgen eener negotiorum gestio niet heeft, en hij, die betaalde, dus geene vordering uit dien hoofde heeft tegen hem, voor wien hij betaalde, belet dit de waarde van zoodanige betaling niet. Dit geldt te meer, omdat niet het belang des schuldenaars alleen daarbij betrokken is, maar ook dat van den schuldeischer.

744. Ook de schuldeischer kan over het algemeen niet met goed gevolg weigeren, de betaling van een' derde te ontvangen; eene verbindtenis kan door een' derde gekweten worden, zegt art. 1418, en niet, dat de schuldeischer de kwijting ook van een' derde kan aannemen. En art. 1419 B. W., 'twelk bepaalt, dat in het daar bedoeld geval de verbindtenis niet door een' derde kan gekweten worden in weerwil van den schuldeischer, wijst voldoende aan, dat het anders ook tegen zijn' wil en dank kan geschieden. Bij weigering aan de zijde van den schuldeischer, kan ook de derde aanbod doen van gereede betaling, gevolgd door consignatie, en alzoo de verbind-

(1) DURANTON, XII, n. 21; ZACHARIAE, I, § 316, bl. 335, n. 7. — (2) TOULLIER, VII, n. 13. — (3) POTHIER, n. 499; TOULLIER, VII, n. 10; DURANTON, XII, n. 15, 18; MARCADÉ, IV, bl. 675; EVEKINK, bl. 6 en v.

tenis te niet doen gaan. Hoezeer toch art. 1440 en 1442 B. W. van den schuldenaar spreken, als die in den regel het aanbod doet, vordert art. 1441 2° voor de geldigheid van zoodanig aanbod slechts, dat het gedaan worde door iemand, die bevoegd is om te betalen.

745. Het gezegde geldt algemeen, en de bewering, dat een derde de betaling slechts dan aan den schuldeischer kan opdringen, wanneer zij strekt tot voordeel van den schuldenaar, en dat zij anders kan geweigerd worden, mist allen grond, daar de wet zoodanige uitzondering niet kent (1). Hetzelfde geldt van de meening, dat de schuldeischer de betaling van een' derde weigeren kan, wanneer het in zijn belang is, dat de betaling niet geschiedt; wanneer b. v. uit de niet-betaling binnen zekeren termijn voor hem eenig regt zou geboren worden. Ook deze uitzondering kent de wet niet, en die van art. 1419 B. W. mag op dit geval niet worden toegepast (2). Zelfs dat een derde tegen den zin van den schuldenaar wil betalen, is voor den schuldeischer geen grond van weigering, omdat de betrekking tusschen den derde en den schuldenaar hem niet aangaat.

746. Art. 1418 *b* B. W. vordert, voor het geval dat een derde in zijn' eigen naam handelt, dat hij niet in de regten van den schuldeischer gesteld worde. Deze woorden schijnen op zich zelve niet onduidelijk; echter schijnt de bedoeling van den wetgever daardoor niet juist uitgedrukt te zijn. Men verdedigt veelal die bepaling met te zeggen, dat, wanneer de derde gesteld werd in de regten van den schuldeischer, de verbindtenis niet wordt gekweten, maar blijft bestaan, behoudens dat er een ander schuldeischer tegenover den schuldenaar komt te staan (3). Indien dit echter de ratio legis was, dan zou dezelfde voorwaarde in het algemeen gesteld hebben moeten worden, en evenzeer gelden waar iemand in naam des schuldenaars of als borg voor dezen betaalt, terwijl ook dezen, hetzij uit kracht der wet kunnen zijn, hetzij bij overeenkomst kunnen worden gesubrogeerd. Art. 1437, 1° B. W. vordert ook niet, dat de derde persoon, van wien daar wordt gesproken, in naam van den schuldenaar handele, en niets belet dus den schuldeischer eenen derde in zijne regten te stellen, die in zijn' eigen naam eens anders schuld betaalt. Maar niettegenstaande zoodanige subrogatie, blijft de betaling toch betaling, en heeft zij ook ten gevolge, dat de schuld ten aan-

(1) Verg. DURANTON, XII, n. 16; ZACHARIAE, I, § 316, bl. 335, n. 6. Zie echter POTHIER, n. 500; TOULLIER, VII, n. 11. — (2) Verg. DURANTON, XII, n. 23. Zie echter ZACHARIAE, I, § 316, bl. 335, n. 9. — (3) BIGOT-PRÉAMENÉU, in *C. N. et Mot.*, V, bl. 53; MALLEVILLE, op art. 1236 C. N., III, bl. 92; TOULLIER, VII, n. 9, 125; SPANGENBERG, § 749, III, bl. 43 en v., bl. 45, n. 1; DE PINTO, II, § 751, bl. 338 en v.; 3e uitg. § 811, bl. 490; SCHÜLLER, op art. 1218 B. W.

zien van den oorspronkelijken schuldeischer gekweten wordt en te niet gaat. Volledig gaat echter de schuld daardoor niet te niet; maar dit is ook altijd het geval, in wiens naam de gesubrogeerde ook betaalde; en met zoodanige bedoeling had daarom, mijns bedunkens, de bepaling deswege algemeener moeten worden gesteld. Het komt mij dan ook voor, dat men hier aan het woord *kwijten* geene bijzondere kracht moet toekennen, gelijk ook in art. 1437, 2° B. W., waar over subrogatie gehandeld wordt, evenzeer van kwijting wordt gesproken; maar dat de strekking van art. 1418 slechts is te bepalen, wie tegenover den schuldeischer geregtigd is tot betaling. Eene vergelijking met art. 1419 schijnt dit dan ook te bevestigen. Daar echter met zoodanige subrogatie de schuldenaar van zijne schuld niet wordt ontheven, zou, indien de schuldeischer evenwel van ieder, die zulks mogt goedvinden zonder namens den schuldenaar te handelen, de betaling moest aannemen, en dezen daarvoor in zijne regten stellen, dit inderdaad niets anders zijn dan eene gedwongene onteigening der inschuld, ten behoeve van den derde en zonder eenig voordeel voor eene der vroegere partijen. Dit heeft de wetgever niet gewild; de schuldeischer kan wel de betaling aannemen en den derde in zijne regten stellen, maar deze kan dit niet vorderen; hij heeft het niet in zijne magt, aldus de schuld ten aanzien van den schuldeischer te kwijten. De betaling zelve op die wijze is niet verboden, maar de derde heeft daarop geen regt; de schuldeischer heeft het regt, haar te weigeren. En dit schijnt het te zijn, wat men door de slotwoorden van art. 1418 *b* heeft willen bepalen (1).

---

(1) Art. 1236 *b* C. N., zoo als het aan het Tribunat werd aangeboden, luidde aldus: » pourvu que ce tiers agisse au nom et en acquit du débiteur, et que ce ne soit pas *en son nom propre*, *en se faisant subroger* aux droits du créancier." Men stelde daarop deze wijziging voor: „ou que, s'il agit en son nom propre, *il ne se fasse pas subroger* etc. La section pense qu'une dette peut être acquittée par un tiers, qui n'y est point intéressé, quoiqu'il ait agi en son nom propre : il suffit *qu'il n'ait point* stipulé *de subrogation* à son profit." Zie *Conf. du C. N.*, V, bl. 84 en v. Ook de tribun FAVARD zeide : „ Quoique le tiers, qui offre le payement, n'ait pas un intérêt direct et civil à l'acquittement de l'obligation, le créancier ne pourra non plus refuser de recevoir; puisqu'en dernière analyse, le créancier n'a d'autre intérêt que d'être payé; mais dans ce cas le tiers *ne peut forcer le créancier* à le mettre à son lieu. — La loi ne veut pas, avec raison, que *contre le gré du créancier*, un tiers vienne s'interposer pour acquérir le droit de vexer le débiteur; le tiers qui paye n'acquiert alors qu'une action simple contre le débiteur, qui est entièrement libéré de l'obligation primitive. Ce tempérament concilie tout". *C. N. et Mot.*, V, bl. 134. Verg. MALLEVILLE, t. a. p.; DURANTON, XII, n. 15; ZACHARIAE, I, § 316, bl. 335, n. 5, 10. Zie intusschen ook OPZOOMER, III, bl. 64 en v., wiens voorstelling, alsof ik hier de *indeplaatsstelling* van den schuldeischer liet afhangen, niet juist is; V. BELL, *De subrogatie*, bl. 9—20, 37 en v., en tegen dezen, V. D. HOEVEN, in *N. Bijdr. v. R. en W.*, II, bl. 331; MARCADÉ, IV, n. 672 en v.

747. De schuldeischer kan overigens de betaling van eenen derde niet weigeren; maar dan moet deze ook werkelijk betalen. De schuldeischer behoeft geene te zijnen laste bestaande inschuld van een' derde in compensatie aan te nemen tegen hetgeen hij zelf van een' ander te vorderen heeft, tenzij deze schuld op zijn' schuldeischer zij overgegaan; compensatie toch heeft slechts plaats tusschen twee personen, die wederkeerig elkanders schuldenaren zijn (1).

748. De derde, hetzij hij in de plaats des schuldeischers gesteld wordt of niet, heeft in allen gevalle aanspraak op den schuldenaar, voor wien hij, niet tegen diens wil, heeft betaald. Om dit regt te waarborgen, moet hij echter van die betaling aan dezen kennis geven, zoo hij zonder lastgeving heeft gehandeld. Wanneer toch de schuldenaar later ook aan den schuldeischer betaalde en deze die betaling aannam, zou de derde op zijn hoogst alleen tegen dezen, maar zeker niet tegen den schuldenaar, eene vordering hebben (2).

749. Art. 1420 *a* B. W. bepaalt, dat men eigenaar moet zijn van de zaak, die in betaling gegeven wordt, en bevoegd om die te vervreemden, zal de betaling geldig wezen. Art. 1238 C. N. behelst dezelfde bepaling, in navolging van POTHIER, die de betaling beschouwt als eene vervreemding en overdragt van den eigendom (3). Daartegen is aangemerkt, dat deze beschouwing in strijd was met het in den C. N. aangenomen beginsel, dat de overeenkomst zelve den eigendom doet overgaan (art. 711, 1138), en dat de betaling daarom slechts in enkele gevallen als eene vervreemding kan beschouwd worden (4). Deze bedenking bestaat intusschen niet onder onze wet, die den eigendom niet door de overeenkomst, maar door levering doet overgaan, en onder welke dus de betaling in den regel wel degelijk eene eigendomsoverdragt, eene vervreemding is, waartoe men bevoegd moet zijn, om haar te kunnen bewerkstelligen. Men houde voorts in het oog, dat hier altijd eene werkelijk bestaande verbindtenis verondersteld wordt, aangegaan door iemand, die daartoe bekwaam was.

750. Tot die bevoegdheid is dan vooreerst noodig, dat men eigenaar zij van datgene, wat in betaling wordt gegeven (5). Maar niet ieder, die eigenaar is, is daarom nog bevoegd; men moet daarbij ook het regt hebben om over het zijne te beschikken, men moet bevoegd zijn om te vervreemden. Getrouwde vrouwen b. v., minderjarigen en onder curatele gestelden zijn dit niet; de mans, voogden en curators zijn het onder zekere bepalingen. Waar die vereischten niet aanwezig zijn, daar is, volgens de bepaling der wet, de betaling

---

(1) Verg. DURANTON, XII, n. 17. — (2) DURANTON, XII, n. 24. Zie echter OPZOOMER, III, bl. 66 en v. — (3) POTHIER, n. 495 en v. — (4) TOULLIER, VII, n. 6 en v.; ZACHARIAE, I, § 316, bl. 335 en v. en n. 11; EVEKINK, bl. 13—17. — (5) Verg. hierover MARCADÉ, IV, n. 682.

zoo ze al geschiedt, niet geldig. Zoo hij, die betaalde, geen eigenaar was, kan de eigenaar de zaak terugvorderen, zonder dat hij, die ze in betaling heeft ontvangen, zich hierop kan beroepen. Ook hij, die betaalde, kan de zaak terugvorderen met aanbod eener andere, die hij kan vervreemden; ook voor hem toch is de betaling niet geldig, en de regel: quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio, is in onze wet nergens in het algemeeen bekrachtigd (1). Hij, die de betaling ontving, heeft regt op vrijwaring en verhaal tegen den schuldenaar, en kan, wanneer hij de zaak moet missen, de nakoming der verbindtenis vorderen, die door eene niet geldige betaling niet is te niet gegaan; en men schijnt te moeten aannemen, dat hij ook, terwijl hij nog in het bezit der zaak is, maar eene uitwinning te vreezen heeft, tegen aanbod van teruggave der ontvangene zaak, de nakoming der verbindtenis vorderen kan (2). Hij, die onbevoegd was om te betalen, kan ook het betaalde terugvorderen. Hier schijnt echter hij, die de betaling ontving, hare onwaarde niet te kunnen beweren; men schijnt dit bij analogie uit art. 1367 *b* B. W. te mogen afleiden; en hij staat in den regel althans ook alleen bloot voor eene vordering van den kant van hem, die tot de vervulling der verbindtenis verpligt is.

751. In het belang van den schuldeischer is intusschen in art 1420 *b* B. W. bepaald: »Niettemin kan de voldoening van eene geldsom, of van eenige andere verbruikbare zaak, niet terug gevorderd worden van dengenen, die dat in betaling gegevene te goeder trouw verbruikt heeft, alhoewel die voldoening geschied zij door iemand die daarvan geen eigenaar of onbekwaam was om de zaak te vervreemden." Deze bepaling ziet uitsluitend op geldsommen en andere verbruikbare zaken; ten aanzien der andere staat dus de terugvordering vrij, wat daarmede ook door hem, die ze in betaling ontving, moge zijn uitgevoerd. De hier bedoelde zaken zijn verbruikt, wanneer zij niet meer zijn in het bezit van hem, die ze ontving, onverschillig of ze verteerd dan wel verhandeld zijn, welk laatste ook voldoende schijnt voor de toepassing dezer bepaling (3). Eene ruimere opvatting in dezen kan ook tot geene misbruiken leiden, omdat de wet vordert, dat die zaken te goeder trouw verbruikt moeten zijn; zoodat, waar die goede trouw ontbreekt, de uitzondering ophoudt en het regt van terugvordering weder bestaat (4).

752. Art. 1420 *b* B. W. ontheft den verbruiker van alle vrees

---

(1) Verg. OPZOOMER, III, bl. 68 en v. Zie echter ZACHARIAE, I, § 316, bl. 336, n. 4. — (2) Verg. POTHIER, n. 498; ZACHARIAE, I, § 316, bl. 336. — (3) Verg. POTHIER, n. 497; DABELOW, § 1083, II, bl. 324 en v. — (4) SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1420 B. W. Verg. voorts OPZOOMER, III, bl. 70.

voor terugvordering, niet alleen van den kant des schuldenaars, maar ook van den eigenaar dier zaken. Wij hebben vroeger gezien, dat ook roerende goederen voor terugvordering vatbaar zijn; buiten het geval van art 1420 *b* kunnen zij ook door den eigenaar teruggevorderd worden, wanneer zij door een' ander in betaling gegeven zijn (1). In dat geval heeft echter de wet eene uitzondering gemaakt, en de eigenaar heeft dus alleen zijn verhaal op hem, die de zaken in betaling heeft gegeven.

753. Terwijl eene verbindtenis ook door een' derde kan gekweten worden, bestaat die ruimte niet ten aanzien van hem, aan wien wordt betaald. De betaling moet, volgens art. 1421 *a* B. W., gedaan worden aan den schuldeischer, of aan iemand, die volmagt van hem heeft, of die door den regter of door de wet gemagtigd is, om voor hem te ontvangen. De schuldeischer is hier niet juist een enkel persoon; wanneer een schuldenaar jegens meer personen verbonden is zonder dat deze hoofdelijke schuldeischers zijn, of wanneer bij den dood des schuldeischers zijne regten op onderscheidene erfgenamen overgaan, die nu, ieder voor zijn aandeel, zoo vele schuldeischers worden, dan zijn deze allen onder den collectieven naam van den schuldeischer begrepen; de schuldenaar moet, bij gebreke van bepaling in anderen zin, aan ieder hunner zijn aandeel voldoen, en kan niet aan één voor allen betalen, zoo die niet van de overigen eene volmagt heeft, of door den regter of door de wet gemagtigd is om voor hen te ontvangen (2). Na beteekende overdragt der schuld moet de betaling natuurlijk aan den nieuwen schuldeischer geschieden.

754. Eene betaling aan hem, die volmagt heeft van den schuldeischer, staat geheel gelijk met eene betaling aan dezen zelven. Maar dan moet het natuurlijk eene echte volmagt zijn; eene betaling, aan iemand gedaan ten gevolge eener valsche volmagt, kan niet geldig zijn; de schuldenaar moet zich deswege verzekeren, en heeft althans anders zijn verhaal tegen hem, aan wien hij, door eene valsche volmagt misleid, betaald heeft. Den schuldeischer kan deswege niets geweten en dus ook die betaling niet tegengeworpen worden (3). Het spreekt voorts van zelf, dat aan een' lasthebber slechts kan worden betaald zoolang de lastgeving duurt, niet wanneer deze door den dood des lastgevers of op eenige andere wijze is geëindigd en de vroeger gemagtigde dus geene volmagt meer heeft (4). De herroe-

(1) Verg. hierboven III, n. 207, 297. Zie echter DURANTON, XII, n. 30; ZACHARIAE, I, § 316, bl. 336. — (2) POTHIER, n. 502; TOULLIER, VII, n. 17. — (3) POTHIER, n. 510, in f.; TOULLIER, VII, n. 19; MARCADÉ, IV, n. 685. — (4) POTHIER, n. 510 en v.; TOULLIER, VII, n. 18.

ping der lastgeving kan echter, volgens art. 1852 B. W., aan derden, die daarvan onkundig waren, niet worden tegengeworpen (1).

Het is voorts onverschillig, of er eene bijzondere of wel eene algemeene lastgeving bestaat, mits deze maar zoodanig algemeen zij, dat zij de volmagt om betaling te ontvangen omvat. Art. 163 *b* B. W. bepaalt uitdrukkelijk, dat de vrouw, door haren man gemagtigd om zekere verbindtenis aan te gaan, daardoor niet geregtigd is om, zonder zijne uitdrukkelijke toestemming, eenige betaling te ontvangen of daarvoor kwijting te geven. Dit geldt echter niet alleen ten aanzien van de vrouw; in het algemeen heeft de gemagtigde tot een' verkoop als zoodanig geene volmagt tot het ontvangen van den prijs; tenzij de verkoop van dien aard mogt zijn, dat hij, ook volgens de bedoeling van den lastgever, tegen gereed geld moet geschieden, als wanneer in de volmagt tot verkoop ook, hoezeer dan niet uitdrukkelijk, die tot het ontvangen van den koopprijs geacht moet worden gegeven te zijn. Eene volmagt, tot het voeren van een regtsgeding aan eenen praktizijn gegeven, sluit die tot het ontvangen van betaling niet noodwendig in; keuze van woonplaats bij een' derde nog minder (2).

755. Gelijk men voorts betalen kan aan hem, die volmagt heeft van den schuldeischer, kan men ook betalen aan hem, die volmagt heeft van den gemagtigde, zoolang de magt van dezen duurt (3). Dit geldt ook dan, wanneer den gemagtigde geen regt van substitutie is gegeven; de schuldeischer heeft dan wel altoos zijn verhaal op zijnen gemagtigde, maar de schuldenaar is bevrijd. Met een' gemagtigde kan voorts, behalve dat de schuldeischer alleen hier niet bevoegd is om te herroepen, gelijk gesteld worden de adjectus solutionis gratia, aan wien de schuldenaar volgens de door hem met den schuldeischer aangegane overeenkomst kan of moet betalen (4).

756. Door de wet gemagtigd om voor den schuldeischer te ontvangen, zijn, behalve, zoo men wil, ieder hoofdelijke schuldeischer voor zijne medeschuldeischers, — de mannen voor hunne getrouwde vrouwen; de voogden voor minderjarigen; de curators voor onder curatele gestelden, gefailleerden en onbeheerde nalatenschappen; uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen en bewindvoerders; ontvangers en bestuurders voor openbare instellingen. Zij kunnen niet alleen de jaarlijksche inkomsten en renten ontvangen, maar ook de hoofdsommen, die door den schuldenaar worden afgedaan en veilig aan hen kunnen worden uitbetaald (5).

---

(1) Marcadé, t. a. p. — (2) Verg. pothier, n. 513; toullier, VII, n. 20—23. — (3) Pothier, n. 508, 512. — (4) Verg. pothier, n. 516 en v.; toullier, VII, n. 24 en v.; evekink, bl. 26 en v. — (5) Pothier, n. 514.

757. Door den regter gemagtigd is b. v. de bewindvoerder, benoemd voor een' afwezige, en in het algemeen ieder, aan wien bij regterlijk vonnis de magt is opgedragen om voor den schuldeischer te ontvangen, bepaaldelijk ook de arrestant, tot het bedrag der aan hem bij het vonnis van deugdelijk-verklaring van het gelegd beslag toegewezen vordering, overeenkomstig art. 751 W. v. B. R., en hij, die bij vonnis is aangewezen om eene in bewaring gegeven zaak terug te ontvangen, volgens art. 1756 B. W.

758. Eene betaling, gedaan aan iemand, die geene magt had om voor den schuldeischer te ontvangen, is niet onbepaald van onwaarde, maar toch ook, volgens art. 1421 *b* B. W., slechts van waarde voor zoo ver de schuldeischer haar goedkeurt of daardoor werkelijk is gebaat. Wat de goedkeuring betreft, deze neemt de plaats in eener lastgeving en maakt dat de betaling geacht wordt van het tijdstip af, waarop zij geschiedde, van waarde te zijn (1). De uitdrukking „werkelijk gebaat geworden" komt ook voor in art. 1423 B. W. Bij eene vroegere redactie dier bepalingen werd gesproken van »bevoordeeld worden", »strekken van het betaalde tot voordeel van den schuldeischer." Bij de herziening na 1830 heeft men, in navolging van DE GROOT, de nu gebezigde uitdrukking daarvoor in de plaats gesteld, »ten einde," zegt de Regering in de memorie van toelichting, »het bekende regt *de in rem verso* te kenschetsen en te doen gevoelen, dat de wetgever door die bepaling bedoelt, niet onbepaaldelijk elk voordeel, maar eene *nuttige* en *doelmatige* baat" (2).

759. Men schijnt daarbij minder op den tijd der betaling te moeten zien, dan wel op het voordeel, dat zij aan den schuldeischer in het algemeen heeft opgeleverd, zoodat, wanneer deze zelf daarna de betaling vorderde, dat voordeel, maar ook dat alleen, hem zou kunnen worden tegengeworpen (3). Dat eene betaling aan een' minder dringenden schuldeischer des schuldeischers daarom niet geldig zou zijn (4), komt mij weinig aannemelijk voor; omdat zij toch strekt tot bevrijding van dezen, die daardoor dus werkelijk wordt gebaat, al is het ook dat de niet-opeischbaarheid der schuld die baat minder groot doet zijn. Ligt kan echter eene betaling wel niet geheel, maar toch gedeeltelijk strekken tot baat van den schuldeischer; men heeft ook hierin voorzien, door in de plaats der woorden: *indien* en *ten ware*, in de vroegere redactie gebezigd, bij de herziening te stellen: *voor zoo verre* (5). En, gelijk zulks in art. 1423 B. W.

(1) Verg. POTHIER, n. 528. — (2) VOORDUIN, V, bl. 104 en v.; ASSER, § 721; DE PINTO, II, § 753, bl. 389; 3e uitg. § 813, bl. 490; TOULLIER, VII, n. 14. — (3) Anders EVEKINK, bl. 21 en v. — (4) SPANGENBERG, § 749, n. 3, III, bl. 46. Verg. MALLEVILLE, op art. 1239, III, bl. 94. — (5) VOORDUIN, V, bl. 105. Verg. DABELOW, § 1083, II, bl. 325.

uitdrukkelijk wordt bepaald, is het ook hier de schuldenaar, die bewijzen moet, dat de schuldeischer is gebaat, omdat dit bewijs de noodzakelijke voorwaarde is tot ontwijking der anders niet opgehevene en in art. 1421 B. W. gegronde verpligting tot betaling (1).

760. Intusschen is, volgens art. 1422 B. W., de betaling, te goeder trouw gedaan aan iemand, die, al is hij ook niet de schuldeischer, toch in het bezit der inschuld is, van waarde, ook dan, wanneer die bezitter naderhand bij uitwinning uit dat bezit gestooten is, d. i. ook wanneer later wordt beslist, dat bij de regthebbende niet was (2). De wet onderscheidt niet, of de akte, die in het bezit van den houder is, aan toonder luidt of niet. In het eerste geval kan er een werkelijk bezit bestaan, in den zin van den tweeden titel des tweeden boeks, als wanneer de bezitter bij voorraad als eigenaar wordt aangemerkt; en die aan zulken bezitter betaalt, moest veilig zijn ook tegenover den werkelijken schuldeischer, dien hij niet van den bezitter kan onderscheiden, en die nu alleen op dezen zijn verhaal heeft. Maar ook wanneer de akte niet aan toonder luidt, en dus omdat de houder behalve door erfopvolging geen eigenaar zou hebben kunnen worden zonder authentieke of onderhandsche akte, zoodat van eigenlijk bezit minder sprake kan zijn, terwijl bovendien die overdragt ten aanzien van den schuldenaar geen gevolg zou hebben, dan van het oogenblik dat zij aan hem is beteekend of door hem aangenomen of erkend, — ook in dit geval moest de schuldenaar, die te goeder trouw betaalt, veilig zijn, omdat hij den houder met grond kan beschouwen als een' gemagtigde van den schuldeischer tot het ontvangen der betaling.

761. Maar het is dan ook eene noodzakelijke voorwaarde, dat de schuldenaar te goeder trouw heeft betaald; niet, gelijk SCHÜLLER aanmerkt, omdat overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gebragt, want daarvan is hier minder sprake; maar omdat de reden der wet, waarom de betaling aan den houder der inschuld van waarde is verklaard, alle toepassing zou missen, waar de schuldenaar, wetende, dat die houder op de betaling geen regt had, evenwel te kwader trouw aan hem betaalde. De betaling is dan niet van waarde, en wanneer de ware schuldeischer later door uitwinning in het bezit zijner inschuld is hersteld, kan hij desniettemin de betaling van den schuldenaar vorderen, die slechts verhaal zou hebben tegen hem, aan wien hij had voldaan. Dat de schuldenaar twijfel voedt omtrent de regtmatigheid van het bezit van den houder, belet niet, dat hij evenwel te goeder trouw kan betalen; hij doet dit, zoo dik-

(1) EVEKINK, bl. 20 en v. — (2) Verg. over de uitdrukking der wet V. ASSEN, in *Themis*, 2, IV, bl. 183 en v.

wijls hij niet, ofschoon den houder niet geregtigd achtende, aan dezen betaalt, ten einde hem ten koste van den waren schuldeischer te bevoordeelen (1).

762. Even als art. 1240 C. N. spreekt van „possession de la créance," spreekt art. 1422 B. W. van „bezit der inschuld." Dit doet in de naaste plaats denken aan eene akte van schuldbekentenis, die zich in handen van den houder bevindt. De bepaling schijnt echter van ruimere toepassing te zijn, en te gelden zoo dikwijls iemand in het bezit of genot is van datgene, wat aanspraak geeft op de betaling. Men ziet hiervan een voorbeeld in den bezitter eener nalatenschap; en hij, die te goeder trouw eene inschuld der nalatenschap aan dezen voldoet, heeft geldig betaald (2).

• 763. Gelijk hij, die betaalt, eigenaar moet zijn van de zaak en bevoegd om haar te vervreemden, zoo is ook, volgens art. 1423 B. W., de betaling, aan den schuldeischer gedaan, niet van waarde, indien deze niet bekwaam was om haar te ontvangen, dan voor zoo ver de schuldenaar mogt bewijzen, dat de schuldeischer door de betaling werkelijk is gebaat. Bij de beraadslagingen werd voorgesteld van de woorden: „dezelve te ontvangen," het eerste weg te laten; de Regering was hiertegen, omdat in dit artikel niet alleen wordt gehandeld van iemand, die geheel onbekwaam is om te ontvangen, maar ook die geene bevoegdheid heeft om het betaalde te ontvangen (3). Het onderscheid, hier door de Regering gemaakt, is mij niet duidelijk, daar de wet hier veronderstelt, dat de betaling aan den schuldeischer is gedaan. Hoe het zij, men merke op, dat het de bekwaamheid van den schuldeischer is, waarop het hier aankomt. Wanneer deze, zelf bekwaam zijnde om te ontvangen, volmagt geeft aan eene getrouwde vrouw of eenen minderjarige, en er dien ten gevolge aan dezen wordt betaald, is de betaling van waarde, omdat zij beschouwd wordt als aan hem zelven gedaan; de bekwaamheid van den gemagtigde komt dus in geene aanmerking (4). Voorts zij nog opgemerkt, dat hij, die niet bekwaam is om betaling te ontvangen, ook onbekwaam is om tot die ontvangst magt te geven aan een' derde of, nadat deze zonder magtiging voor hem heeft ontvangen, zulks goed te keuren (5). Waar zoo iets geschiedt, geldt dus ook de bepaling van art. 1423 B. W.

764. Ook hier heeft men de betaling aan iemand, die onbekwaam is, niet volstrekt nietig verklaard, maar haar erkend voor zoo ver de

(1) Verg. echter DABELOW, § 1083, II, bl. 326 — (2) Verg. POTHIER, n. 503; TOULLIER, VII, n. 26 en v.; MALLEVILLE, op art. 1240 C. N., III, bl. 95; MARCADÉ, IV, n. 686; SCHÜLLER, op art. 1422 B. W. — (3) VOORDUIN, V, bl. 104. — (4) POTHIER, n. 507; TOULLIER, VII, n. 18; MARCADÉ, IV, n. 687. — (5) Verg. POTHIER, n. 509.

schuldeischer daardoor is gebaat, en heeft men door die uitdrukking *voor zoo verre* ook hier eene gedeeltelijke geldigheid der betaling erkend, in evenredigheid met het genoten voordeel, door welks genot het voor den schuldeischer inderdaad onverschillig is, of hij bekwaam was of niet. De wet zelve laat voorts geen' twijfel over, dat het bewijs, dat en in hoe ver de schuldeischer werkelijk gebaat is, door den schuldenaar moet geleverd worden, tot wiens bevrijding het dan ook eeniglijk strekt. In hoe ver de schuldeischer door de betaling is gebaat, zal door den regter uit de omstandigheden beoordeeld moeten worden. Wanneer het ontvangene door den schuldeischer is besteed tot iets, dat voor hem noodig of althans voordeelig was, zal ook het later te loor gaan daarvan veelal niet wegnemen, dat hij door de betaling is gebaat. Werd het niet ten voordeele besteed, zoo belet het bestaan van datgene, wat de schuldeischer zich voor het ontvangene heeft aangeschaft, in het algemeen zijn regt van vordering niet, maar is de betaling werkelijk van onwaarde, behoudens zijne verpligting tot teruggave van hetgeen hij daarvoor heeft verkregen (1).

765. Voorts is, volgens art. 1424 B. W., de betaling, gedaan door eenen schuldenaar aan zijn' schuldeischer, in weerwil van eene inbeslagneming of oppositie, niet van waarde ten aanzien der schuldeischers, die de inbeslagneming of oppositie gedaan hebben. De wet veronderstelt, dat de schuldenaar overigens bekwaam was om te betalen, en de schuldeischer bekwaam om de betaling te ontvangen. Te hunnen aanzien is dan ook de betaling geldig, maar niet ten aanzien der schuldeischers, die de inbeslagneming of oppositie gedaan hebben (2). Deze kunnen den schuldenaar noodzaken, op nieuw, en wel, alsof hij nog niet betaald had, aan hen te betalen, behoudens zijn verhaal op den schuldeischer, die anders door de betaling aan hem en tevens aan zijne schuldeischers, ter afdoening of vermindering van zijne schuld, dubbel zou bevoordeeld worden (3).

766. De schuldeischers kunnen die betaling op nieuw vorderen, »naar aanleiding van hun regt," gelijk art. 1424 B. W. in navolging der vertaling van den C. N. zegt, of liever: volgens of overeenkomstig hun regt (selon leur droit, zegt art. 1242 C. N.); d. i., zij kunnen het, naarmate zij in het algemeen op die betaling aanspraak kunnen maken. Zoo dus de schuldeischers, die beslag hebben gelegd of verzet gedaan, pond-ponds-gelijk moesten betaald worden, hebben zij ieder in evenredigheid van hunne vordering met hetgeen de schul-

---

(1) Verg. POTHIER, n. 504; MARCADÉ, IV, n. 687; VOORDUIN, V, bl. 105. — (2) POTHIER, n. 505; MALLEVILLE, op art. 1242 C. N., III, bl. 95. — (3) SCHÜLLER, op art. 1424 B. W. Verg. VOORDUIN, V, bl. 105.

denaar ten onregte heeft betaald, tegen dezen aanspraak. Waren er echter onder hen bevoorregte schuldeischers, zoo hebben de gewone schuldeischers dat regt alleen, voor zoo ver, na de betaling der bevoorregte, nog iets te hunner beschikking overbleef.

767. De wet veronderstelt, dat het gelegd beslag of het verzet geldig is of van waarde verklaard. Zij spreekt voorts algemeen, en is dus niet alleen van toepassing, wanneer schuldeischers beslag hebben gelegd onder handen van iemand, die schuldenaar van hunnen schuldenaar was, maar ook wanneer zij beslag hebben gelegd onder handen van hunnen schuldenaar zelven, en deze dan later aan een anderen schuldeischer, of wel aan een' van hen, die beslag gelegd of verzet gedaan hebben, ten nadeele der overigen heeft betaald. Zij is van toepassing zoo dikwijls er ten onregte is betaald, niettegenstaande een wettig gelegd beslag of verzet (1); ook wanneer de som, tot zekerheid waarvan beslag was gelegd, was ingehouden en alleen het meerdere betaald, maar die som niet genoegzaam is tot geheele voldoening van den beslaglegger (2). Maar de betaling is, volgens art. 740 W. v. B. R., geldig, wanneer het vonnis van vanwaarde-verklaring niet binnen eene maand is beteekend aan hem, onder wien beslag gelegd is.

768. Het spreekt van zelf, dat met gemeen overleg van beide partijen ook de eene zaak in plaats van de andere in betaling kan worden gegeven. De bestaande verbindtenis wordt dan gewijzigd, of wel er komt eene nieuwe overeenkomst bij, hetzij van koop en verkoop, wanneer geld in plaats van eenige zaak wordt gegeven of omgekeerd, hetzij van ruiling; en de gewone bepalingen omtrent overeenkomsten zijn ook hier toepasselijk, zoodat b. v., wanneer er dwaling heeft plaats gehad omtrent de zelfstandigheid der zaak, die overeenkomst en daarmede de op haar gegronde betaling kan vernietigd worden (3). Buiten gemeen overleg kan het niet. Volgens art. 1425 B. W. kan geen schuldeischer genoodzaakt worden eene andere zaak in betaling te nemen, dan die hem verschuldigd is; en teregt, daar anders de verbindtenis door den wil van ééne der partijen gewijzigd of niet aan de verbindtenis voldaan zou worden. De wet zegt niet, — omdat zulks nog minder uitgedrukt behoefde te worden — maar het is daarom natuurlijk even zeker, dat een schuldeischer ook den schuldenaar niet kan noodzaken, eene andere dan de verschuldigde zaak in betaling te geven (4).

---

(1) Toullier, VII, n. 32, 33; dabelow, § 1053, II, bl. 326. — (2) Marcadé, IV, n. 690. — (3) Pothier, n. 531 en v.; toullier, VII, n. 46. Verg. marcadé, IV, n. 691. — (4) De pinto, II, § 754, bl. 389; 3e uitg. § 814, bl. 491; schüller, op art. 1425 B. W.; toullier, VII, n. 47.

769. Art. 1423 B. W. spreekt algemeen. Om allen twijfel weg te nemen, is zelfs uitdrukkelijk bepaald, dat hetzelfde geldt, »ofschoon ook de aangebodene zaak van gelijke of zelfs van meerdere waarde zij." Dat de schuldenaar de verschuldigde zaak niet in zijn bezit heeft, dat hij op den tijd der betaling geen gereed geld bezit, geeft even weinig regt om iets anders te geven. Hetzelfde geldt voorts ten aanzien van verbindtenissen, welke strekken om iets te doen; ook hier is de schuldenaar zonder toestemming van den schuldeischer niet geregtigd iets anders te doen, of iets te geven, om daarmede aan de verbindtenis te voldoen (1). Wel lossen zich deze verbindtenissen op in vergoeding van kosten, schaden en interessen; maar dit levert daarom nog geene uitzondering op de bepaling van art. 1425 B. W. op; de schuldenaar kan daarom die vergoeding niet in plaats van het werkelijk verschuldigde aan den schuldeischer opdringen; maar de verbindtenis wordt daardoor veelal slechts vervuld op de eenige wijze, waarop die vervulling mogelijk is; even als die vergoeding ook het eenige is, wat de schuldeischer bekomt, wanneer de schuldenaar, uit welken hoofde dan ook, maar ten gevolge van eigen schuld, de verschuldigde zaak niet kan leveren (2).

770. Voorts verdient het opmerking, bij de betaling van geldsommen, dat, volgens art. 20 *b* der Wet van 26 November 1847 (Sb. n. 69) even als volgens art. 18 der Wet van 28 September 1816 (Sb. n. 50), niemand verpligt is zilveren pasmunt, d. i. stukken van vijfentwintig, van tien en van vijf cents, tot een hooger bedrag dan van tien gulden, of koperen pasmunt tot een hooger bedrag dan van één gulden, in betaling aan te nemen; dat volgens art. 20 *a* der Wet van 1847 negotiepenningen geen wettig betaalmiddel zijn, en dus niet in betaling behoeven te worden aangenomen, hetgeen natuurlijk eveneens geldt van vreemde muntspeciën; en dat, volgens art. 21 dier Wet, niemand gehouden is nagemaakte, valsche, vervalschte, in waarde verminderde, verminkte of geschondene muntspeciën aan te nemen (3). Zoo dikwijls in de overeenkomst bepaalde speciën zijn aangeduid, moeten natuurlijk ook deze in betaling gegeven worden. Bankbiljetten zijn, zoo ver mij bekend is, nergens tot een wettig betaalmiddel verheven (4). Anders is dit met de muntbiljetten, volgens art. 6 der Wet van 17 September 1849 (Sb. n. 46) en art. 2 *c* de Wet van 26 April 1852 (Sb. n. 90).

771. Geen schuldenaar kan ook, volgens art. 1426 B. W., zijn

---

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 49 en v.; MALLEVILLE, op art. 1243 C. N., III, bl. 96. — (2) Verg. hierboven n. 65. — (3) Verg. art. 11, 13 der Wet v. 1 Mei 1854 (Sb. n. 75), tot regeling van het muntwezen van Ned. Indië. — (4) Verg. Amsterdam 21 Maart 1854, *N. R. B.*, IV, bl. 296 en v.; MOLSTER, bl. 40 en v.

schuldeischer verpligten om betaling eener schuld bij gedeelten te ontvangen (1); al is die schuld ook deelbaar. Ook de verbindtenis toch, die voor verdeeling vatbaar is, moet, volgens art. 1335 B. W., tusschen den schuldenaar en den schuldeischer worden ten uitvoer gebragt, even alsof zij ondeelbaar was. Het verschuldigde is in zijn geheel, niet bij gedeelten, een onderwerp der verbindtenis, en ook hier kan de schuldeischer niet genoodzaakt worden iets anders in betaling te nemen, dan hetgeen verschuldigd was (2).

772. Wanneer het verschuldigde bestaat in eene geldsom, die op interessen loopt, kan ook de schuldenaar zijn' schuldeischer niet verpligten om betaling aan te nemen van de hoofdsom, zonder al de verschuldigde interessen (3). Met betrekking toch tot de hoofdsom zijn deze accessoire gedeelten, en maken dus het verschuldigde mede uit, dat zonder haar niet geheel betaald zou worden. Dat, volgens art. 557 B. W., de burgerlijke vruchten alleen geacht worden een gedeelte der zaak uit te maken, zoolang zij niet opeischbaar zijn, bewijst het tegendeel niet, en ziet meer op de interessen als zaken op zich zelve beschouwd. Onze stelling wordt bevestigd door art. 1433 *a* B. W., volgens hetwelk de schuldenaar eener schuld, die op interessen loopt, buiten de toestemming van den schuldeischer de betaling, welke hij doet, niet kan doen strekken tot aflossing der hoofdsom, bij voorkeur boven voldoening der interessen; en door art. 1441, 3° B. W., volgens hetwelk het aanbod van gereede betaling, om van waarde te zijn, moet loopen over de geheele opeischbare som en de interessen.

773. Art. 1426 B. W. veronderstelt ééne schuld. Waar een schuldenaar jegens zijn' schuldeischer meer schulden of ééne bij verschillende termijnen betaalbare schuld heeft, daar kan hij ook die onderscheidene schulden of termijnen niet bij gedeelten, maar wel ieder op zich zelve betalen, al zijn ze ook alle gelijktijdig opeischbaar, omdat de op dat tijdstip betaalde schuld daardoor in haar geheel betaald wordt (4). Dit geldt bepaaldelijk ook van interessen, over verschillende jaren verschuldigd, die, op zich zelve genomen en zonder dat tevens de hoofdsom wordt afgedaan, als zoovele schulden beschouwd kunnen worden; zoodat de schuldenaar die over één jaar kan betalen, al zijn ze ook over meer jaren opeischbaar. Zoodanige afzonderlijke betaling, waar de schuldenaar al de verschenen interessen niet aanstonds betalen kan, kan dikwijls ter bewaring van zijn regt of ter voorkoming eener vervolging van belang voor hem zijn; zij kan ook zijn in het belang van den schuldeischer, die anders door

---

(1) Anders bij wissels, zie art. 120, 168 W. v. K. — (2) TOULLIER, VII, n. 67, 70; SCHÜLLER, op art. 1426 B. W. — (3) Verg. POTHIER, n. 534; TOULLIER, VII, n. 68. — (4) Verg. POTHIER, n. 536, 539.

verjaring zijn regt op de eerst verschenen interessen zou kunnen verliezen (1). De schuldenaar kan echter den schuldeischer niet noodzaken de interessen over een later jaar, zonder die over een vroeger jaar, aan te nemen; art. 1435 *b* B. W. bevestigt dit (2).

774. Hetgeen hier van den schuldenaar bepaald is, geldt ook van den borg, en zoo verscheidene personen zich tot borgen hebben gesteld voor denzelfden schuldenaar en voor dezelfde schuld, is, volgens art. 1873 B. W., ieder van hen voor de geheele schuld verbonden. Niettemin kan, volgens art. 1874 B. W., elk hunner, zoo hij geen' afstand heeft gedaan van het voorregt van schuldsplitsing, op de eerste geregtelijke aanspraak vorderen, dat de schuldeischer zijne vordering verdeele, en haar vermindere tot het aandeel van elken deugdelijk verbonden borg. Dit is eenigermate eene uitzondering op de bepaling van art. 1426 B. W., maar eene uitzondering, gegrond op de wettelijke betrekking van den borg tot den schuldeischer; en die niet belet, dat gene, zoolang hij niet in regten wordt aangesproken, den schuldeischer niet kan noodzaken, een gedeelte der schuld aan te nemen, althans zoo hij niet voor een bepaald gedeelte zich als borg verbonden heeft (3). Wij merken hier nog aan, dat ook een gedeelte der oorspronkelijke schuld in betaling kan gegeven worden, wanneer deze ten deele door compensatie of uit anderen hoofde is te niet gegaan, maar dat in dit geval wel niet de oorspronkelijke schuld, maar toch het alsdan nog verschuldigde in zijn geheel wordt betaald.

775. Art. 1244 *a* C. N. bepaalt hetzelfde als art. 1426 B. W. Het tweede lid geeft den regter de bevoegdheid om, den toestand des schuldenaars in aanmerking nemende en van dit regt met behoedzaamheid gebruik makende, matige termijnen van betaling te verleenen en de tenuitvoerlegging van vervolgingen te schorsen (4). Onze wetgever heeft deze bepaling niet overgenomen, omdat, zoo zeide de Regering, men het als gevaarlijk heeft beschouwd, aan den regter het vermogen te verleenen, om in ieder geval, tegen wil en dank van den schuldeischer, aan den schuldenaar eene surséance van betaling te kunnen verleenen. Bij de herziening na 1830 werd echter door onderscheidene leden verlangd, dat zoodanige bepaling in de wet zou worden opgenomen, en ook de commissie tot herziening der wetboeken deelde in die meening, maar was van oordeel, dat zij behoorde geplaatst te zijn in het W. v. B. R., waarin zij óf reeds voorkwam óf moest worden opgenomen. Met deze verzekering stelden zich ook de overige leden tevreden; maar te vergeefs zal men

(1) TOULLIER, VII, n. 69. — (2) POTHIER, n. 539; TOULLIER, VII, n. 70. — (3) Verg. POTHIER, n. 535; TOULLIER, VII, n. 72 en v. — (4) Verg. MARCADÉ, IV, n. 692 en v.

zoodanige bepaling in het W. v. B. R. zoeken; zij is daarin niet geplaatst, en dus, gelijk ook ASSER zegt, niet in de Nederlandsche wetgeving overgenomen (1). Wat men dus ook voor de doelmatigheid dier bepaling mag hebben aangevoerd of kunnen aanvoeren, bepaaldelijk ten aanzien van schulden zonder tijdsbepaling; den Nederlandschen regter is zoodanige bevoegdheid niet gegeven, behoudens hetgeen in den tweeden titel van het derde boek W. v. K. bepaald is omtrent surséance van betaling, aan kooplieden verleend.

776. Wanneer iemand eene zekere en individueel bepaalde zaak schuldig is, is hij, volgens art. 1427 B. W., in den regel bevrijd door de afgifte der zaak, in den staat waarin zij zich ten tijde der levering bevindt. De verledene tijd, hier door den wetgever in het woord *bevond* gebezigd, geeft te kennen, dat iemand, die zoodanige afgifte doet, deswege daarna niet kan bemoeijelijkt worden. Volgens onze wet is wel de schuldeischer geen eigenaar der zaak, alvorens zij aan hem geleverd is, maar art. 1427 stemt in dezen overeen met art. 1273 B. W., hetwelk bepaalt, dat bij eene verbindtenis om eene bepaalde zaak te geven, deze voor rekening van den schuldeischer is van het oogenblik der verbindtenis. Waar geen bepaalde zaak verschuldigd was, kan art. 1427 natuurlijk geene toepassing vinden (2).

777. Het gezegde geldt echter, volgens art. 1427 B. W., alleen wanneer de verminderingen, welke de zaak ondergaan mogt hebben, — te weten na het ontstaan der verbindtenis, waardoor de schuldenaar haar verschuldigd is, — niet veroorzaakt zijn door zijn toedoen of verzuim, noch ook door de schuld of het verzuim van zoodanige personen, voor welke hij verantwoordelijk is, en wier toedoen of verzuim dus ook als het zijne kunnen beschouwd worden, noch ook door dat hij, vóór het opkomen dier verminderingen, in de levering achterlijk gebleven is. Bij nalatigheid toch van den schuldenaar om de zaak te leveren, is deze, volgens art. 1273 B. W., van het oogenblik dier nalatigheid voor zijne rekening. De wet spreekt hier algemeen, en maakt geene uitzondering voor het geval, dat de zaak evenzeer bij den schuldeischer die verminderingen ondergaan zou hebben. En dat, in geval van het geheel vergaan der zaak, die omstandigheid, volgens art. 1480 *b* B. W., de verbindtenis doet te niet gaan, ook wanneer de schuldenaar in gebreke was, geeft mijns inziens geen regt om daarom ook den schuldeischer met verminderingen te bezwaren, die de wet zelve voor rekening van den schuldeischer stelt (3). Voor het overige schaadt het toeval alleen den schuld-

(1) VOORDUIN, V, bl. 106—110; ASSER, § 722; DE PINTO, II, § 754, bl. 389 en v.; 3e uitg. § 814, bl. 491 en v.; VERNEDE, op art. 1426 B. W. — (2) POTHIER, n. 545; MARCADÉ, IV, n. 698. — (3) Zie echter TOULLIER, VII, n. 75; MARCADÉ, IV, n. 698.

eischer, en zoo de verminderingen ontstaan door toedoen van andere personen, voor welke de schuldenaar niet verantwoordelijk is, kan gene, nadat hem het regt van vordering door den schuldenaar is overgedragen, slechts van hen de vergoeding vorderen (1).

778. »Indien de zaak, welke verschuldigd is, alleenlijk bepaald is ten aanzien van hare soort, is de schuldenaar, om zich van de schuld te ontheffen, niet verpligt om van de beste soort, maar hij kan ook niet volstaan met van de slechtste te geven"; art. 1428 B. W. Wij vinden hier hetzelfde bepaald als in art. 1016 B. W. ten aanzien van het legaat eener onbepaalde zaak (2). De bepaling zelve is hoogst billijk: bij eene verbindtenis tot het geven eener onbepaalde zaak kan ook wel geene andere bedoeling worden verondersteld. Zij mist echter natuurlijk hare toepassing, waar het voorwerp nader is bepaald (3). Wat het woord *soort* betreft, dat hier tweemaal voorkomt, het beteekent op de eerste plaats de soort als algemeenheid, in tegenoverstelling van het individu, op de tweede de hoedanigheid der zaak (4).

779. In geval eener verbindtenis onder eene opschortende voorwaarde kan er natuurlijk geene geldige betaling geschieden, vóórdat de voorwaarde vervuld is. Hetgeen desniettemin betaald is, kan dan ook worden teruggevorderd, tenzij de voorwaarde sedert vervuld mogt zijn, als waaraan de wet eene terugwerkende kracht toekent (5). Waar het eene zuivere verbindtenis geldt, kan de betaling onmiddellijk geschieden en onmiddellijk gevorderd worden, maar de schuldenaar heeft van eene vertraging dier betaling, behalve het gevaar eener regtsvordering, geene nadeelige gevolgen te duchten, tenzij hij uit kracht der verbindtenis in gebreke is, of daarin is gesteld. Hetgeen slechts op tijd verschuldigd is, kan, volgens art. 1305 B. W., niet geëischt worden vóórdat de vervaltijd verschenen is; het kan echter, zoo de tijdsbepaling niet in het belang van den schuldeischer gemaakt is, vooraf betaald en dan niet teruggevorderd worden. Dit ziet echter op den schuldeischer en den schuldenaar: wanneer eene vooruitbetaling de regten van derden benadeelt, is zij tegenover dezen niet altoos geldig. Zoo bepaalt art. 1618 B. W., dat een tweede huurder, wanneer de oorspronkelijke verhuurder onder zijne handen beslag legt op de huur, door hem aan den eersten huurder verschuldigd, zich niet kan beroepen op betalingen, bij voorraad gedaan, ten ware die mogten zijn geschied uit kracht van een beding, bij

---

(1) TOULLIER, VII, n. 75; POTHIER, n. 544; SCHÜLLER, op art. 1427 B. W. — (2) Verg. hierboven IV, n. 1084; MALLEVILLE, op art. 1246 C. N., III, bl. 97 en v.; MARCADÉ, IV, n. 699. — (3) MARCADÉ, IV, n. 700. — (4) EVEKINK, bl. 39 en v. — (5) POTHIER, n. 546.

zijne huur-overeenkomst uitgedrukt, of ten gevolge van plaatselijke gebruiken (1).

780. Ten aanzien van de plaats der betaling moet men vier gevallen onderscheiden. Indien die plaats bij de overeenkomst bepaald is, moet de betaling, volgens den aanhef van art. 1429 *a* B. W., daar geschieden. De schuldeischer kan dan ook den schuldenaar niet noodzaken, op eene andere plaats te betalen, noch deze genen, om op eene andere plaats te ontvangen, al wilden zij over en weder ook het nadeel vergoeden, dat daaruit voor den ander zou kunnen voortspruiten. De bepaling van art. 1468 B. W., dat wederzijdsche schulden, die niet ter zelfder plaatse betaalbaar zijn, niet in vergelijking kunnen gebragt worden dan met vergoeding van de kosten der overmaking, doet dan ook aan onze bepaling omtrent de betaling niets te kort (2). Wij merken slechts nog op, dat de bepaling der plaats meer of minder duidelijk kan zijn; dat het voldoende is, zoo, met inachtneming der regelen van uitlegkunde, die plaats geacht kan worden bepaald te zijn (3), maar dat zoodanige bepaling dan ook moet bestaan, en men zich op geene gewoonte in dezen mag beroepen (4).

781. Indien bij de overeenkomst geene plaats vastgesteld is, moet, volgens art. 1429 *a* B. W., de betaling, zoo het eene zekere en bepaalde zaak geldt, geschieden ter plaatse waar, tijdens het aangaan der verbindtenis, de zaak, die daarvan het onderwerp uitmaakt, zich bevond; de schuldeischer moet haar van daar halen, zoo hij ze op eene andere plaats moet of wil overbrengen. Het geldt hier de *levering* der verschuldigde zaak, en onze bepaling, hier in het algemeen voor alle verbindtenissen vastgesteld, is noodeloos voor het geval van verkoop herhaald in art. 1513 B. W., hetwelk ook zegt, dat de levering moet geschieden ter plaatse, waar het verkochte goed op het tijdstip der verkooping zich bevond, indien daaromtrent geene andere overeenkomst getroffen is (5). Wanneer nu ook al de verkochte zaak sedert is vervoerd, kan de schuldeischer toch de levering op de bepaalde plaats vorderen, en is hij in allen gevalle geregtigd om vergoeding te vragen voor de schade, die de levering op eene andere plaats hem mogt veroorzaken (6). Waar de koopprijs betaald moet worden, regelt art. 1429 *a* niet; te dien aanzien is echter in art. 1550 B. W., zeker met het oog op gereede betaling,

---

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 77—84. Zie ook POTHIER, n. 447. — (2) TOULLIER, VII, n. 85; DE PINTO, II, § 757, 1, bl. 390; 3e uitg. § 817, 1, bl. 492. — (3) Verg. TOULLIER, VII, n. 93. — (4) Anders was bepaald in art. 3078 Ontw. v. 1820. — (5) TOULLIER, VII, n. 90. Ook in art. 1761 *b* en 1801 *b* B. W. zie ik niet met SCHÜLLER eene wijziging, in het eerste veeleer eene toepassing van art. 1429 *a* B. W. Verg. hieronder VIII, n. 293, 425. — (6) POTHIER, n. 548; TOULLIER, VII, n. 91.

bepaald, dat de kooper, indien er bij het aangaan van den koop niets daaromtrent is bepaald, betalen moet ter plaatse, waar de levering moet geschieden, en dus waar het verkochte zich ten tijde van den koop bevond (1).

782. Indien de plaats niet bij de overeenkomst is bepaald, en het ook niet geldt de levering eener zekere en bepaalde zaak, moet, volgens art. 1429 *b* B. W., de betaling — waaronder men, mijns bedunkens, ook hier even als in het eerste lid hetzelfde moet verstaan, wat de wet daarmede hier in het algemeen bedoelt (2) — geschieden ter woonplaats van den schuldeischer, zoolang deze bij voortduring blijft wonen in de gemeente, waarin hij ten tijde van het aangaan der verbindtenis woonachtig was. Art. 1247 C. N. bepaalde, overeenkomstig het gebruik van den handel, dat de betaling ter woonplaatse van den schuldenaar zou geschieden. Hiervan is onze wetgever afgeweken; men begreep, dat de schuldenaar de schuld moet kwijten, en dat tot die kwijting de daad vereischt wordt van zich te begeven tot hem, jegens wien hij verbonden is (3).

783. Zoo men dit echter onbepaald vorderde, zou de toestand van den schuldenaar door eene verhuizing van den schuldeischer ligt verergerd kunnen worden. De plaats, waar de schuldeischer bij het aangaan der verbindtenis woonde, was aan partijen bekend, en ligt was het met het oog daarop, dat zij geene andere plaats van betaling in hare overeenkomst bepaalden. Eene verhuizing in dezelfde gemeente behoefde hierbij wel niet in aanmerking te komen; doch wanneer de schuldeischer in eene andere gemeente gaat wonen, behoeft de schuldenaar niet meer tot hem te gaan, maar moet, volgens het slot van art. 1429 *b* B. W., de betaling geschieden ter woonplaats van den schuldenaar, en de schuldeischer zich dus tot dezen begeven om betaling te erlangen (4).

784. Bij de beraadslaging werd eene uitzondering op art. 1429 B. W. verlangd ten opzigte van handelszaken. Zoodanige uitdrukkelijk vermelde uitzonderingen komen ook wel elders voor, b. v. in art. 1286 *a* B. W. De Regering gaf echter ten antwoord, dat, indien eene uitzondering noodzakelijk is, deze zal worden aangetroffen in

(1) SCHÜLLER, op art. 1429 B. W.; TOULLIER, VII, n. 92; EVEKINK, bl. 61; J. K., in *Opm. en Med.*, V, bl. 200—205, zie vooral bl. 203 en v. — (2) Zie hierboven n. 740. Verg. echter J. K., t. a. p., bl. 204. — (3) ASSER, § 723; DE PINTO, II, § 757, 3, bl. 390; 3e uitg. § 817, 3, bl. 492. J. K., t. a. p., bl. 200, merkt aan, dat dit ook meer in overeenkomst is met de regelen omtrent het aanbod van gereede betaling; mijns bedunkens is het echter meer natuurlijk, dat de wetgever zich bij de regeling van dit aanbod, zooveel de aard der zaak dit medebragt of toeliet, naar de bepalingen omtrent betaling rigtte, dan omgekeerd. — (4) VOORDUIN, V, bl 111 en v.; ASSER, § 723; DE PINTO, t. a. p. Verg. MARCADÉ, IV, n. 702.

het W. v. K. (1). Daar vindt men dan ook in art. 180 ten aanzien van wisselbrieven eene afwijking van art. 1429 *b*, die in art. 209 W. v. K. ook op orderbriefjes toepasselijk is gemaakt.

785. De kosten, op de betaling vallende, komen ten laste van den schuldenaar, art. 1431 B. W.; van hem dus, die betalen of leveren moet (2). Al de kosten, die door eene noodzakelijke verplaatsing vereischt kunnen worden, zijn dus voor zijne rekening. De kosten op de kwitantie vallende, die tot bewijs der betaling wordt afgegeven, behooren ook onder die kosten van betaling; en terwijl de schuldeischer hare afgifte niet kan weigeren (3), behoeft hij, die geene kosten van betaling behoeft te dragen, geene uitgaven daarvoor te doen. Wanneer dus de schuldenaar een notariëlen kwijtbrief wenscht, is dit voor zijne rekening, zelfs dan wanneer de schuldeischer, niet kunnende schrijven, geen' ander kan afgeven, en dus zijne onkunde voor den schuldenaar nadeelig wordt.

786. Het zegel voor de kwitantie moet evenzeer betaald worden door den schuldenaar, gelijk ook de boete, die deswege verschuldigd mogt zijn. De bepaling van art. 32, 3° der Wet op het zegel, van 3 October 1843 (Sb. n. 47), dat de schuldeischers en schuldenaars, ieder voor het geheel, voor de zegelregten en boeten aansprakelijk zijn, ook voor de akten van kwijting, bewijst niets daartegen, omdat het enkel hunne aansprakelijkheid tegenover den staat regelt, terwijl art. 1431 B. W. den schuldenaar beschouwt in betrekking tot den schuldenaar. Eene uitzondering, maar die dan ook uitdrukkelijk in de wet bepaald is, vindt men intusschen in art. 28 dier Wet op het zegel, volgens hetwelk in alle zaken, waarin het Rijk met bijzondere personen, met openbare of aan openbaar gezag onderworpene instellingen, provinciale of plaatselijke besturen is betrokken, het zegelregt door dezen zal worden gedragen, terwijl bijzondere personen, welke aan opgemelde instellingen en besturen kwitantie geven, of kwitantie van haar ontvangen, het daarvoor verschuldigde zegelregt moeten dragen, ten ware daaromtrent anders mogt zijn overeengekomen (4).

787. Tot de kosten van betaling kan men ook die brengen, welke de schuldeischer heeft moeten aanwenden om de betaling te erlangen. Ten aanzien van eigenlijke proceskosten laat art. 56 W. v. B. R. geen' twijfel over; maar ook de kosten der sommatie kan hij den

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 111, n. II. — (2) MARCADÉ, IV, n. 703. — (3) Men behoeft niet te betalen dan tegen kwitantie, die de oorzaak der schuld inhoudt; 4e kgr. Amsterdam 14 Nov. 1856, *N. R. R.*, VII, bl. 310. — Na eene eerste kwitantie te hebben afgegeven, is hij echter niet tot eene tweede afgifte verpligt, zoo die van hem gevraagd wordt. Zie arr. Utrecht 24 Sept. 1841, *W.* 270. — (4) Verg. TOULLIER, VII, n. 94 en v.; VERNEDE, op art. 1431 B. W.

schuldenaar in rekening brengen, wanneer de omstandigheden niet uitwijzen, dat zij geheel noodeloos is gedaan (1). Waar echter de sommatie alleen strekt om den schuldeischer het genot te verschaffen van eene ingebrekestelling van den schuldenaar, geloof ik niet, dat het met de kosten van betaling kan worden gelijkgesteld.

788. Ten aanzien van het bewijs eener gedane betaling gelden de gewone regelen. Het spreekt van zelf, dat het door den schuldenaar, die zich daarop beroept, moet geleverd worden, maar ook, dat het kan geleverd worden door alle wettige middelen. Dit geldt zoowel wanneer de schuldeischer de schuldbekentenis in zijn bezit heeft gehouden, als wanneer hij het bestaan der schuld op eenige andere wijze bewees. Het oorspronkelijk bestaan toch der schuld en hare betaling zijn twee afzonderlijke feiten. Ik zie dan ook geen' grond om naar onze wet aan te nemen, dat de schuldenaar bij de betaling de afgifte dier schuldbekentenis kan vorderen van den schuldeischer. Deze kan haar verloren hebben en dus in de onmogelijkheid verkeeren om haar af te geven, ofschoon gene hierdoor niet ophoudt schuldenaar te zijn. De schuldenaar heeft aan die afgifte geene behoefte, omdat hij zich het bewijs der betaling kan verschaffen; en de wet heeft nergens die afgifte gelast (2).

789. Onze wetgever heeft intusschen te dezer plaatse eene tot het bewijs betrekkelijke bepaling ingelascht, die, zoo zij hier ook al wat vreemd geplaatst mag schijnen, op zich zelve alleszins regtmatig is. Art. 1430 B. W. bepaalt namelijk, dat, ten opzigte van huren, pachten, jaarwedden tot onderhoud, altijddurende renten of lijfrenten, interessen van geleende geldsommen en in het algemeen van al wat bij het jaar of bij kortere geregelde termijnen betaalbaar is, door drie kwijtingen, waaruit van de betaling van drie achtereenvolgende termijnen blijkt, het vermoeden wordt geboren, dat ook de vroegere termijnen voldaan zijn, ten ware het tegendeel mogt bewezen zijn. Aan den eenen kant worden niet zelden slechts de laatste kwijtingen door den schuldenaar bewaard, die omtrent vroegere minder bezorgd is. Aan den anderen kant is het wel niet waarschijnlijk, dat een schuldeischer voor latere termijnen kwijting zal afgeven, zonder dat de vroegere betaald zijn (3).

790. Men merke intusschen op, dat dit vermoeden slechts verbonden is aan het bestaan, niet van ééne kwijting, al loopt die ook

---

(1) Verg. VERNEDE, op art. 1431 B. W. Zie voorts: A. P., in *Opm. en Med.*, XI, bl. 228—234; TH., t. z. p., bl. 306—317. — (2) Anders l. 3 C. *de condictione ex lege* (IV, 9); l. 25 C. *de solutionibus ot liberationibus* (VIII, 43); mr. H. W. TYDEMAN, *Regtsg. Meng.* (Gron. 1811), bl. 10. — (3) ASSER, § 724; DE PINTO, II, § 758, bl. 391; 3e uitg., § 818, bl. 492; SCHÜLLER, op art. 1430 B. W.

over drie of meer termijnen, maar van drie kwijtingen, het bewijs leverende van even zoo vele of meer termijnen; want ofschoon de wet van drie achtereenvolgende termijnen spreekt, doet het natuurlijk niets af, zoo in ééne betaling meer dan één termijn werd betaald, zoo er maar drie kwijtingen zijn. Verder merke men op, dat het bestaan van drie zoodanige kwijtingen geen volledig bewijs, maar slechts een vermoeden oplevert, dat wel, volgens art. 1958 *a* B. W., hem, in wiens voordeel het bestaat, van alle verdere bewijzen ontslaat, maar toch voor tegenbewijs vatbaar is, en slechts geldt indien niet het tegendeel bewezen wordt (1). Dat bewijs voor het tegendeel mag moeijelijk te leveren zijn, onmogelijk is het niet, en het bewijs van dwaling bij de kwijtingen, waarop zich de schuldenaar beroept, za daartoe voldoende zijn.

§ 3.

Van de toerekening der betaling.

791. Het gevolg der betaling is, dat de verbindtenis te niet gaat. Wanneer er slechts ééne schuld tusschen de partijen bestaat, kan daaromtrent geene bedenking bestaan, en al wordt zij ook slechts ten deele betaald, toch strekt die gedeeltelijke betaling in mindering der schuld, die dan voor zoo ver te niet gaat. Maar wanneer er meer schulden bestaan van denzelfden schuldenaar jegens denzelfden schuldeischer, die niet alle tegelijk voldaan worden, kan de vraag ontstaan, welke dier schulden door de gedane betaling te niet gaat (2). De aanwijzing dier schuld noemt men de imputatie of toerekening der betaling (3). Zij geschiedt òf door den schuldenaar òf door de wet; immers, ook den schuldeischer zoodanige bevoegdheid toe te kennen, komt mij minder gepast voor.

792. Op den voorgrond staat de bepaling van art. 1432 B. W., hetwelk den schuldenaar van verscheidene schulden het regt toekent, om, bij het doen der betaling, te verklaren tot voldoening van welke dier schulden hij het betaalde wil doen verstrekken. De schuldenaar is vóór de betaling eigenaar van hetgeen hij in betaling geeft; en het is dus natuurlijk, dat hij ook over de bestemming daarvan kan beschikken (4). Hij is het voorts, die al de schulden moet betalen, en

(1) Voorduin, V, bl. 112; asser, § 724. — (2) Natuurlijk komt die vraag alleen te pas, waar het voorwerp der schulden gelijk is; marcadé, IV, n. 720. — (3) Toullier, VII, n. 173; de pinto, II, § 759, bl. 391; 3e uitg. § 819, bl. 492 en v. — (4) Duranton, XII, n. 190; schüller, op art. 1432 B. W.

waar hij nu, niet verpligt zijnde ze allen tegelijk te betalen, ééne er van voldoet, moet het natuurlijk aan hem liggen te bepalen, welke hij voldoen wil. Hij kan alzoo ook de betaling doen strekken tot voldoening eener nog niet opeischbare schuld, zoo maar de tijdsbepaling niet strekt in het belang van den schuldeischer (1). Zoo hij toch niet meer schulden had, zou hij gene ongetwijfeld vóór den vervaltijd mogen betalen; maar het bestaan van meer schulden kan zijne bevoegdheid te dien opzigte niet wegnemen, behoudens het regt van den schuldeischer om ook de betaling der overige schulden des noods in regten te vorderen.

793. Art. 1432 B. W. spreekt van eene verklaring, en wel bij het doen der betaling. Daarin ligt de toerekening, door den schuldenaar gedaan; en zoo hij zulk eene verklaring niet doet, maakt hij geen gebruik van de bevoegdheid, hem door de wet gegeven, en moet dus de toerekening volgens de wet geschieden. En waar deze alzoo plaats heeft, kan geene latere verklaring van den schuldenaar daarin iets veranderen, maar kan zij alleen door gemeene toestemming, door eene nieuwe overeenkomst, gewijzigd worden.

794. De wet spreekt hier voorts niet van de kwijting, maar alleen van de verklaring van den schuldenaar. Men zal daarom ook aan deze hare kracht moeten toekennen, wanneer er geene kwijting wordt gegeven; de kwijting toch is de betaling niet en vernietigt de schuld niet, dit doet de betaling, waarvan de kwijting het bewijs inhoudt (2), maar die ook door andere middelen kan bewezen worden. De aanhef van art. 1435 B. W. bewijst ook niets hiertegen, omdat het slechts veronderstelt, dat er eene kwijting bestaat, waaraan ook art. 1434 zekere kracht toekent. Art. 1432 vordert haar niet, en ook waar geene is gegeven, moet de betaling hare werking uitoefenen, en dit wel overeenkomstig de verklaring van den schuldenaar, zoo maar het bewijs hiervan op andere wijze door hem kan geleverd worden.

795. De schuldenaar is echter niet onbeperkt vrij in zijne toerekening; hij mag de wettige regten des schuldeischers niet verkorten. De wet heeft zelve hiervoor gewaakt en zijne bevoegdheid beperkt; en waar hij deze overschrijdt, behoeft zijne verklaring niet door den schuldeischer te worden aangenomen (3). Dit geldt ook, waar de orde van betaling bij overeenkomst was vastgesteld, of aan eene de schulden, in het belang van den schuldeischer, eene tijdsbepaling verbonden.

796. Art. 1433 *a* B. W. bepaalt te dien aanzien: „de schulde-

---

(1) DURANTON, XII, n. 191. — (2) DURANTON, XII, n. 197. — (3) MALLEVILLE, op art. 1253 C. N., III, bl. 102; EVEKINK, bl. 70 en v.

naar van eene schuld die op interessen loopt kan, buiten de toestemming van den schuldeischer, de betaling, welke hij doet, niet doen verstrekken tot aflossing van de hoofdsom bij voorkeur van voldoening der interessen." Volgens art. 1806 B. W. doet het bewijs van de betaling der hoofdsom, zonder voorbehoud van interessen gegeven zijnde, de voldoening der interessen vooronderstellen, en wordt de schuldenaar daarvan bevrijd. De interessen zijn ook een accessorium der schuld, die eigenlijk niet geheel voldaan wordt, wanneer gene, die er de uitvloeisels van zijn, verschuldigd blijven. Maar bovendien zou nog de schuldenaar, door eene schuld af te lossen, die interessen draagt, en de schuld der interessen, die zonder ingebrekestelling zelve geene interessen doet loopen, te laten bestaan, zich, zonder voldoening van het geheel, van de betaling der interessen althans voor een deel kunnen bevrijden, tot nadeel van den schuldeischer (1). Stemt deze daarin toe, zoo is het wel; het is slechts zijn belang, waarvoor hier wordt gewaakt. De aard der zaak sluit de betaling der hoofdsom vóór de interessen, die na den vervaltijd ook op zich zelve staande zaken zijn, niet uit; daarom zegt de wet, dat de schuldenaar niet bevoegd is buiten de toestemming van den schuldenaar (2).

797. Een uitvloeisel van hetzelfde beginsel is ook de bepaling van art. 1433 *b* B. W., volgens welke de betaling, die gedaan is op de hoofdsom en op de interessen, maar waarmede de geheele schuld niet is afgedaan, in de eerste plaats strekt tot voldoening der interessen. En men mag daarom, ook om hare plaatsing in één artikel met het eerste lid, de bepaling gerustelijk zóó opvatten, dat niet alleen zonder verklaring de toerekening aldus zal geschieden, maar dat ook zelfs de schuldenaar zonder toestemming van den schuldeischer daarvan niet zal mogen afwijken. Dat in de kwijting de hoofdsom eerst en vóór de interessen genoemd is, kan dan ook daartegen niets afdoen. Hetzelfde geldt, al werd ook bij de toerekening niet van de hoofdsom gesproken, zoo deze maar betaalbaar was (3). Dat art. 1433 *b* spreekt van eene betaling, gedaan op de hoofdsom en op de interessen, bewijst daartegen niets; omdat het slechts bepaalt, hoe de toerekening zal geschieden in geval van zoodanige betaling. Waar dit niet uitdrukkelijk is geschied, moet wel de betaling mede op de hoofdsom toegerekend worden, omdat het betaalde, zoo ver het de interessen te boven gaat, anders onverschuldigd zou zijn; wat niet mag worden aangenomen, waar werkelijk eene schuld bestaat, tenzij

---

(1) De pinto, II, § 761, bl. 391; 3e uitg. § 821, bl. 493; schüller, op art. 1433 B. W.; duranton, XII, n. 192. — (2) Toullier, VII, n. 175. — (3) Verg. pothier, n. 570; toullier, VII, n. 182; duranton, XII, n. 192.

uit de omstandigheden bepaaldelijk bleek, dat men geene gedeeltelijke afdoening der hoofdsom heeft gewild (1).

798. Men mag, ofschoon de wet dit niet uitdrukkelijk zegt, eveneens aannemen, dat de schuldenaar buiten de toestemming van den schuldeischer de betaling niet mag doen strekken ter voldoening van latere interessen, terwijl vroegere onbetaald blijven (2). De stand van zaken zou op die wijze verward worden, en met het oog op art. 1430 B. W. zou de schuldeischer daardoor, kunnen worden benadeeld.

799. Zoo hier als in het eerste lid spreekt de wet in het algemeen van interessen. Ik acht daarom ook eene onderscheiding tusschen bedongene interessen en die, welke door den schuldenaar verschuldigd zijn omdat hij in gebreke is, willekeurig en ongeoorloofd (3), maar tevens ongegrond, omdat de betrekking der interessen tot de hoofdsom, en daarmede de ratio legis dezelfde is.

800. De schuldenaar, die van de bevoegdheid, hem bij art. 1432 B. W. gegeven, gebruik wil maken, moet dan ook zorgen, dat de kwijting, het bewijs der betaling, dat hem wordt overgegeven, met zijne bedoeling overeenstemme. Voor het minst moet hij zorgen, dat in die kwijting de toerekening niet tegen zijn' wil geregeld worde. Hij, die, verscheidene sommen schuldig zijnde, eene kwijting heeft aangenomen, waarbij de schuldeischer verklaard heeft, dat hetgeen hij ontving in het bijzonder tot voldoening van eene dezer schulden strekt, kan, volgens art. 1434 B. W., in den regel niet meer vorderen, dat de betaling gerekend worde tot kwijting eener andere schuld gedaan te zijn. Ik geloof niet, dat men hier moet denken aan eene den schuldeischer toegekende bevoegdheid om de toerekening te bepalen (4). Zoodanige bevoegdheid toch, al is zij ook in het Romeinsche regt erkend, zou minder met de algemeene beginselen van ons regt kunnen worden overeengebragt, ook wanneer de schuldenaar van zijn regt geen gebruik maakt; onze wet schrijft dan ook niet voor, dat de schuldeischer in dezen zal handelen gelijk hij zou wenschen, zoo hij schuldenaar was. Bovendien kan men bezwaarlijk van eene *bevoegdheid* des schuldeischers spreken, waar zijne regeling slechts kracht erlangt uit de aanneming der kwijting door den schuldenaar. Veelmeer mag hier gedacht worden aan eene, als men het zoo noemen mag, stilzwijgende verklaring van dezen, of wel aan een onder de gemaakte beperking wel gegrond regtsvermoeden, dat de schuldenaar

(1) Verg. MARCADÉ, IV, n. 721. – (2) TOULLIER, VII, n. 174. — (3) ZACHARIAE, I, § 320, bl. 342 en n. 2; EVEKINK, bl. 72. Anders POTHIER, n. 571; DURANTON, XII, n. 192; MARCADÉ, IV, n. 724. — (4) Zie POTHIER, n. 566; TOULLIER, VII, n. 176; DURANTON, XII, n. 193; SCHÜLLER, op art. 1434 B. W.; EVEKINK, bl. 73 en v.

omtrent de toerekening werkelijk eene verklaring heeft gedaan overeenkomstig de door hem aangenomene kwijting, waartegen geen bewijs van het tegendeel is toegelaten. Men behoeft dan ook niet te denken aan eene overeenkomst tusschen hem en den schuldeischer, welken laatsten de wet in dezen geene bevoegdheid toekent (1). In allen gevalle geldt het hier: volenti non fit injuria.

801. Er is beweerd, dat de aldus aangewezen schuld opeischbaar zou moeten zijn (2). Ik acht deze beperking niet gegrond. Zoo er toch eene tijdsbepaling was gemaakt in het belang van den schuldeischer, moet hij geacht worden door de afgifte van zoodanige kwijting daarvan afstand te hebben gedaan, en kan althans de schuldenaar daaruit geen' grond ontleenen, om tegen die toerekening op te komen. Was er eene tijdsbepaling gemaakt in 't voordeel van den schuldenaar, zoo neemt dit niet weg, dat ook die schuld bestaat, en dus art. 1434 toepassing moet vinden, waar de schuldenaar zoodanige kwijting aanneemt en alzoo geacht mag worden van die gunst af te zien. Volgens art. 1305 B. W. kan dan ook hetgeen vooraf betaald is, niet teruggevorderd worden. Alleen is het noodig, dat de schuld bestaat; is dat bestaan van eene opschortende voorwaarde afhankelijk, zoo kan geene geldige betaling geschieden (3), en deze dus ook niet op die schuld worden toegerekend.

802. Slechts ééne uitzondering erkent art. 1434 B. W. (4), in geval er van de zijde van den schuldeischer bedrog of verrassing heeft plaats gehad. De schuldenaar vindt dan in die omstandigheden den grond zijner regtmatige grieven, maar zijne aanneming der kwijting is dan ook geen gevolg eener geldige toestemming. Het bedrog kan zich ook hier in zeer verschillenden vorm voordoen; eigenlijk bedrog is echter niet noodig, maar eene eenvoudige verrassing voldoende, waardoor de schuldeischer den schuldenaar eene kwijting heeft doen aannemen, die, zonder dat hij dit begreep, niet overeenkomstig, maar in strijd met diens bedoeling was gesteld (5). Het bewijs van dit bedrog of die verrassing komt natuurlijk ten laste van den schuldenaar, die er zich op beroept, en die het kan bewijzen door alle middelen, welke hem ten dienste staan. Dat der vermoedens zal hier wel het meest in aanmerking moeten komen, maar ook te dien aanzien moeten de gewone regelen gelden. Dat de schuldenaar een eenvoudig en onkundig mensch is, is dan ook alleen niet

(1) Verg. DABELOW, § 1088, II, bl. 333. — (2) SCHÜLLER, verg. VERNEDE, op art. 1434 B. W. — (3) Verg. hierboven n. 166. — (4) De bepaling van art. 1665 B. W. kan echter ook als eene andere uitzondering beschouwd worden. — (5) Verg. POTHIER, n. 566; TOULLIER, VII, n. 176 en v.; ZACHARIAE, I, § 320, bl. 342, n. 6; MARCADÉ, IV, n. 725.

voldoende om bedrog of verrassing te doen vermoeden (1). Het geldt hier toch het bewijs eener noodzakelijke voorwaarde, door de wet gevorderd, en het zou ongepast zijn, waar deze zulks vordert, het bestaan daarvan al te gemakkelijk aan te nemen.

803. Zeer gegrond schijnt voorts de stelling, dat de schuldenaar, die alzoo tegen de kwijting wil opkomen, dit moet doen, zoodra hij het bedrog of de verrassing ontdekt. Het geldt hier geene verbindtenis en hare vernietiging; de bepalingen der achtste afdeeling van dezen titel zijn dus niet van toepassing, en er is alzoo geen termijn bepaald, binnen welken de schuldenaar van zijn regt gebruik moet maken. Hieruit mag men echter geene onbeperkte bevoegdheid afleiden, omdat de schuldenaar, door eenigen tijd te laten verloopen, de kwijting eenigermate bekrachtigt en een vermoeden doet geboren worden, dat zij, al heeft er dan ook bedrog of verrassing plaats gehad, toch oorspronkelijk niet tegen zijne bedoeling streed. Het moet daarom aan den regter overgelaten zijn, naar de omstandigheden te beoordeelen, of er al dan niet door het tijdsverloop zoodanige stilzwijgende goedkeuring kan worden aangenomen, die aan de kwijting geloof moet doen schenken (2).

804. Wanneer de kwijting niets omtrent de toerekening der betaling behelst, en er toch zoodanige toerekening moet plaats hebben, geschiedt zij door de wet zelve, naar de door deze in art. 1435 B. W. gemaakte onderscheidingen. Indien de schulden alle vervallen zijn, moet, volgens art. 1435 *a*, de betaling gerekend worden gedaan te zijn in voldoening van die schuld, welke de schuldenaar destijds, d. i. ten tijde der betaling, het meeste belang had te voldoen. »Onder de te gelijk vervallene schulden", zegt hier de wet; het is daarom echter voor de toepassing niet noodig, dat de schulden op denzelfden tijd opeischbaar werden, maar voldoende, zoo zij ten tijde der betaling allen evenzeer vervallen waren (3). De wet heeft hier voor het belang van den schuldenaar gezorgd, die, zoo hij van zijne bevoegdheid gebruik maakte, ook wel in dien geest zijne verklaring zou doen, maar nu minder noodig heeft dit te doen, zoodat de inhoud der kwijting hierdoor door de wet vereenvoudigd is.

805. Veelal zal het niet twijfelachtig zijn, welke schuld de schuldenaar het meeste belang had te voldoen; eene schuld, die bij lijfsdwang vorderbaar is, eene schuld, die interessen medebrengt, eene, waarvoor borgstelling is geschied, eene schuld, aan wier niet-voldoening eene strafbepaling verbonden is, zal zeker liever door den schuldenaar worden afgedaan dan eene gewone schuld, of die geene of

(1) Verg. MALLEVILLE, op art. 1255 C. N., III, bl. 103. — (2) DURANTON, XII, n. 193. — (3) Zoo ook Assen 7 Sept. 1846, *W.* 904; Assen 15 Mei 1848, *W.* 1224.

minder interessen doet loopen: de betaling der eerste is meer in zijn belang (1). Wanneer er intusschen meer schulden van dien aard bestaan, moet art. 1435 *a* B. W. nog worden toegepast, maar zal het veelal zeer moeijelijk zijn met zekerheid te bepalen, welke onder die schulden het liefst door den schuldenaar zou voldaan worden. In allen gevalle heeft de wet hier niets bepaaldelijk beslist, en het is dus de regter, die dit in elk bijzonder geval, zoo partijen deswege niet overeenstemmen, naar de omstandigheden moet beslissen. Misschien is echter de bedenking niet ongegrond, dat de wet zelve hier te veel aanleiding geeft tot regtsgedingen, en dat, zoo zij hier wilde tusschenbeide komen, een meer bepaald voorschrift doelmatiger zou geweest zijn; ook omdat de schuldenaar dan zekerder kon weten, of het in zijn belang is, eene verklaring omtrent de toerekening der betaling in de kwijting te doen opnemen, dan of hij zich aan de uitspraak der wet kan gedragen. Hoe dit zij, wanneer nu niet beslist kan worden, dat de schuldenaar meer belang heeft om de eene dan om de andere schuld te voldoen, zijn de schulden in zoo ver van gelijken aard.

806. Indien de schulden van gelijken aard zijn, — waaronder dus ook het geval begrepen is, dat de regter verstaat, dat de schuldedenaar niet meer belang had om de eene dan om de andere te betalen — moet, volgens art. 1435 B. W., de toerekening op de oudste gedaan worden. Dit is het natuurlijkste; het oudste wordt gewoonlijk het eerst afgedaan, en de mogelijke verjaring maakt dit ook voor den schuldeischer meest wenschelijk, terwijl het tegenovergesteld belang van den schuldenaar niet behoefde in aanmerking te komen (2). Ook hier doet het bedrag van het betaalde in verhouding tot eene der schulden niets ter zake; de toerekening geschiedt op de oudste schuld, en dus ook in mindering op deze, of in de eerste plaats tot hare voldoening, zoo er meer betaald mogt zijn (3).

807. „Alles gelijk staande," zegt art. 1435 *b* B. W., d. i. wanneer de schuldenaar niet meer belang heeft om de eene dan om de andere schuld te betalen, en alle ook even oud zijn, zoodat er geene reden overblijft om aan de eene den voorrang boven de andere toe te kennen, geschiedt de toerekening op elke schuld naar evenredigheid. Hoe zou het ook anders? De schuldeischer was wel niet gehouden een gedeelte der onderscheidene schulden aan te nemen, maar

(1) Verg. POTHIER, n. 567; TOULLIER, VII, n. 179; DURANTON, XII, n. 199; DABELOW, § 1088, II, bl. 333; ZACHARIAE, I, § 320, bl. 342, n. 8; MARCADÉ, IV, n. 726; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1435 B. W.; DE PINTO, II, § 760, bl. 391; 3e uitg. § 820, bl. 493. — (2) TOULLIER, VII, n. 184; DURANTON, XII, n. 198; MARCADÉ, IV, n. 726. — (3) Zie echter TOULLIER, VII, n. 183.

hij kon het toch doen, en zoo hij in dezen zijn regt had willen doen gelden, had hij de betaling eenvoudig kunnen weigeren, indien de schuldenaar niet wilde verklaren, welke schuld hij bepaaldelijk wilde voldoen en voor welke dus kwijting moest worden gegeven. Maar zoo in het algemeen en zonder nadere bepaling de betaling aannemende, moet hij haar in evenredigheid in mindering op alle schulden laten toerekenen (1).

808. Het gezegde geldt slechts, wanneer de schulden alle vervallen waren. »Doch indien alle de schulden niet mogten vervallen zijn, wordt de betaling geacht gedaan te zijn in voldoening der schuld die vervallen was, boven de nog niet vervallene, ofschoon deze eerste minder bezwarende zijn mogt, dan de andere"; art. 1435 *a* B. W. Het laatste bijvoegsel neemt allen twijfel weg, en het is dus zeker, dat, hoe duidelijk ook het grooter belang bij de betaling der niet vervallen schuld, zoo zij vervallen ware, wezen mag, dit geene uitzondering kan maken, en dat het tevens onverschillig is, of de vervaltijd over korter of langer tijd daar zal zijn, zoo slechts de schuld nog niet vervallen is (2). Het is bij de algemeenheid der wet dan ook, mijns inziens, even weinig geoorloofd van haar af te wijken, op grond, dat het betaalde, onvoldoende om eene vervallene schuld te voldoen, juist voldoende was om eene nog niet vervallene te betalen (3). Het moet dan geacht worden op rekening te zijn gegeven in afkorting der vervallen schuld. Wilde men dit niet, zoo had men in de kwijting moeten uitdrukken, wat men wilde; bij gebreke daarvan laat de wet geene afwijking toe.

809. Art. 1256 C. N. bepaalt niets voor het geval, dat geene der schulden vervallen is (4). Art. 1235 *c* B. W. bepaalt, dat alsdan de toerekening gedaan wordt even als omtrent de vervallen schulden. De betaling zal dus bij voorkeur toegerekend worden op de schuld, welke de schuldenaar het meeste belang had te voldoen, of, indien de schulden van gelijken aard zijn, op de oudste, of eindelijk, zoo zij allen gelijk staan, in evenredigheid op alle (5). Wij merken hierbij slechts aan, dat de vraag, bij de betaling van welke schuld de schuldenaar het meeste belang had, hier nog moeijelijker is dan bij vervallen schulden, daar de meerdere nabijheid van den vervaltijd eene overigens minder lastige schuld meer kan doen drukken dan eene andere, bij wier betaling anders meer belang zou zijn, zoo zij niet eerst later opeischbaar werd. In allen gevalle zal bij die vraag het

---

(1) Verg. DURANTON, XII, n. 198; TOULLIER, VII, n. 185. — (2) TOULLIER, VII, n. 179; DURANTON, XII, n. 194. Anders POTHIER, n. 567; MALLEVILLE, op art. 1256 C. N., III, bl. 104. — (3) Verg. DURANTON, t. a. p. — (4) Verg. DURANTON, XII, n. 195. — (5) ASSER, § 725.

tijdstip, waarop de schuld vervallen zal zijn, wel degelijk in aanmerking moeten komen.

810. De wet veronderstelt in art. 1435 B. W., dat de kwijting niet inhoudt, voor welke schuld de betaling gedaan is. In de eerste plaats denkt men hierbij aan het bestaan eener kwijting, maar die omtrent dit punt zwijgt. Het omvat echter tevens het geval, dat er geene kwijting is gegeven, en geldt zoo dikwijls geene kwijting de aanwijzing inhoudt. De aard der zaak en de ratio legis vorderen dit. Wanneer alzoo een schuldenaar van onderscheidene schulden van tijd tot tijd geld aan zijn' schuldeischer zendt, zonder aanwijzing van schuld, en daarvan door dezen slechts in zijne huisselijke papieren aanteekening wordt gehouden, kan deze omstandigheid de zaken niet in dien zin in haar geheel doen blijven, dat de schuldenaar later met eene verklaring kan opkomen; hij moet, zoo hij dit verlangt te doen, het volgens art. 1432 B. W. doen, bij het doen der betaling. Den schuldeischer is geene bevoegdheid tot toerekening gegeven, en art. 1434 B. W. is hier van zelf buiten toepassing. Art. 1435 is dan ook wel het eenige wat toepassing vinden kan (1). Voor het overige zij nog aangemerkt, dat art. 1435 B. W. ook in dien zin algemeen is, dat het evenzeer op interessen als op hoofdsommen toepasselijk is (2).

811. Wanneer eenmaal de toerekening op eenige schuld is geschied, dan is deze geheel of ten deele betaald en alzoo te niet gegaan. Dit geldt, om het even of de schuldenaar zijne verklaring heeft gedaan, of eene kwijting van den schuldeischer aangenomen, dan of de toerekening is geschied door de wet. In geen geval kan, behoudens het bepaalde in art. 1434 B. W., daartegen opgekomen worden, dan met gemeen overleg van beide partijen, omdat daardoor eene te niet gegane schuld zou moeten herleven, of, wat hetzelfde is, eene niet bestaande schuld zou moeten worden aangegaan. En zoo dikwijls de regten van derden daardoor benadeeld zouden worden, kan zelfs met gemeen overleg geene andere toerekening worden gemaakt (3).

§ 4.

Van subrogatie of indeplaats-stelling in de regten van den schuldeischer.

812. Wanneer ook al eene schuld niet door den schuldenaar'

---

(1) Duranton, XII, n. 196. — Art. 1435 B. W. geldt niet voor het geval, dat iemand aan een' ander geld heeft ter hand gesteld, om het aan onderscheidene schuldeischers af te geven; Drenthe 8 Junij 1850, *W.* 1460. — (2) Zie echter dabelow, § 1088, II, bl. 332. — (3) Duranton, XII, n. 197.

maar door een' derde wordt voldaan, zoo gaat evenwel in den regel door de betaling de verbindtenis geheel te niet. Dat hij, die zonder lastgeving voor een' ander betaalt, in den regel tegen dezen op grond van waarneming zijner belangen eene regtsvordering kan instellen om het voor hem betaalde terug te bekomen, bewijst niets hiertegen; uit de betaling zelve ontspruit dan eene nieuwe verbindtenis, geheel afgescheiden van die, welke door betaling is te niet gegaan. Anders is het, zoo hij, door wien de schuld betaald wordt, in de plaats van den schuldeischer gesteld, in de regten, regtsvorderingen, voorregten, borgtogten en hypotheken treedt, welke die schuldeischer ten laste van den schuldenaar heeft, en alzoo de schuld blijft voortbestaan, hoezeer met een nieuwen schuldeischer (1).

813. Men noemt dit treden in de regten van den schuldeischer, dat een gevolg is van betaling der schuld, van „payement avec subrogation," gelijk het opschrift luidt der daarover handelende paragraaf van den C. N., indeplaats-stelling of subrogatie in een engeren zin. In ruimeren zin is deze de verandering van schuldeischer, zonder onderscheid ten aanzien van de oorzaak dier verandering; zij omvat alsdan ook de overzetting of delegatie en de overdragt. In beide gevallen staat zij als persoonlijke indeplaats-stelling tegen de zakelijke over, waardoor de eene zaak in de plaats der andere komt, als van denzelfden aard en dezelfde hoedanigheid (2).

814. Verbindtenissen, bestaande in eene zekere betrekking tusschen twee of meer personen, kunnen eigenlijk niet van den een op den ander overgaan; zoo er, in de plaats eener betrekking tusschen bepaalde personen, eene betrekking, al is het ook eene gelijke, tusschen een' van hen en een anderen persoon ontstaat, dan is dit eigenlijk eene nieuwe verbindtenis, gekomen in de plaats der oude, welke te niet gegaan is. Overwegingen van algemeen belang hebben hier echter van dit beginsel doen afwijken, en in de gevallen, waarin indeplaats-stelling geschiedt, en waaromtrent de wet de noodige bepalingen heeft gemaakt, wordt nu door eene fictie dezelfde schuld, die anders door betaling zou zijn te niet gegaan, geacht voort te bestaan (3). Men kan die indeplaats-stelling bepalen als het stellen van hem, door wien eenige schuld wordt betaald, in de plaats van den schuldeischer, zoodat te zijnen behoeve dezelfde schuld met hetgeen daaraan verbonden is blijft voortbestaan (4).

---

(1) DURANTON, XII, n. 117; TOULLIER, VII, n. 97. — (2) Verg. MOURLON, in *Rev. d. rev. de droit*, VIII, bl. 294; TOULLIER, VII, n. 97; DURANTON, XII, n. 108. — (3) Verg. MOURLON. t. a. p., bl. 293 en v. V. BELL, bl. 30, wil aan geen fictie gedacht hebben. Zie ook MARCADÉ, IV, n. 672, 704; OPZOOMER, III, bl. 71 en v. — (4) Verg. voorts V. BELL, bl. 20 en v., 32.

815. De subrogatie of indeplaats-stelling geschiedt, volgens art. 1436 B. W., óf bij overeenkomst óf uit kracht der wet. De wet zelve doet haar plaats hebben in de gevallen, vermeld in art. 1438, waarin hij, die de schuld betaalde, dit niet alleen met het oog op den schuldenaar deed, maar tevens wegens de betrekking, waarin hij zelf tot die schuld stond, of het belang, dat hij er bij had; zoodat er alle reden bestond om hem door de wet zelve te laten beschermen, waar dit zonder nadeel voor schuldeischer of schuldenaar geschieden kon (1). Buiten de bij de wet genoemde gevallen kan zij niet bestaan dan door overeenkomst, op de wijze bij art. 1437 B. W. voorzien. Geen anderen oorsprong kan zij hebben; bepaaldelijk kan de regter wel beslissen, dat er subrogatie bestaat overeenkomstig de wet, maar hij kan geene subrogatie scheppen buiten de wet (2). Maar wat verschil er ook mag zijn tusschen de oorzaken der subrogatie, toch is deze, onverminderd hetgeen uit den aard der zaak aan elk bijzonder geval eigen is, altoos dezelfde en zijn de gevolgen gelijk (3).

816. De indeplaats-stelling bij overeenkomst geschiedt weder op twee verschillende wijzen, door eene overeenkomst met den schuldeischer en door die met den schuldenaar. De eerste heeft plaats, volgens art. 1437, 1° B. W., „wanneer de schuldeischer de betaling van eenen derden persoon ontvangende, denzelven doet treden in de regten, regtsvorderingen, voorregten en hypotheken, welke hij ten laste van den schuldenaar heeft." Ieder, die bevoegd is om den schuldeischer te voldoen, kan op die wijze gesubrogeerd worden (4); maar niemand kan, bij het betalen der schuld, den schuldeischer tot die subrogatie noodzaken (5).

817. De subrogatie moet, gelijk daar verder volgt, *uitdrukkelijk* geschieden. Niet, gelijk SCHÜLLER beweert, omdat de wet anders veronderstelt, dat de betaling eene schenking is, door den derde aan den schuldenaar gedaan, want dit veronderstelt zij niet; maar omdat, hetgeen een gevolg van overeenkomst wezen zal, ook moet blijken, en met volkomen zekerheid moet blijken, in die overeenkomst begrepen te zijn. Eene eenvoudige vermelding, dat een derde voor den schuldenaar heeft betaald, zelfs met bijvoeging, dat hij op dezen zijn verhaal zal uitoefenen, kan dus niet als bewijs eener overeenkomst omtrent subrogatie gelden. Het is echter niet noodig, dat de schuldeischer den derde, die betaalde, met de eigene woorden van art.

---

(1) TOULLIER, VII, n. 138. — (2) TOULLIER, VII, n. 102, 113; DURANTON, XII, n. 109, 113; V. BELL, bl. 59. — (3) DURANTON, XII, n. 109; TOULLIER, VII, n. 162. Verg. Gelderland 18 Nov. 1846, *W.* 811. — (4) V. BELL, bl. 37 en v. — (5) Verg. n. 746; V. BELL, bl. 41 en v.

1437, 1° „doet treden in de regten, regtsvorderingen, voorregten en hypotheken, welke hij ten laste van den schuldenaar heeft"; de wetgever heeft daarmede slechts de werking der subrogatie meer in bijzonderheden willen voorstellen, ofschoon die voorstelling zich niet zoo bijzonder aanbeveelt, daar zij, juist door te veel woorden te gebruiken (1), de gevolgen der subrogatie minder volledig schijnt op te geven. De door partijen gebezigde woorden doen niets ter zake, zoo maar blijkt uit de handeling zelve, dat er werkelijk indeplaats-stelling is geschied; om het even ook, of de derde betaling deed in zijn' eigen naam of in dien des schuldenaars, dan of daarvan geene melding werd gemaakt (2).

818. De subrogatie moet verder *gelijktijdig met de betaling* geschieden. Zoodra deze toch heeft plaats gehad zonder subrogatie, is de schuld te niet gegaan; en waar de schuld is te niet gegaan, kan de gewezen schuldeischer geene regten meer uitoefenen of overdragen. De schuld kan wel voortbestaan, maar niet door zijn toedoen alleen herleven; en er was geene reden om hiervan af te wijken, daar men die herleving anders ligt zou kunnen doen strekken om aan nieuwe schuldeischers een' voorrang boven vroegere te geven. Dat de subrogatie op denzelfden dag geschiedt als de betaling, is daarom ook niet voldoende; hoe korte tijd ook tusschen beide verloopt, toch zou de schuld vernietigd zijn; daar is dus volstrekte gelijktijdigheid noodig. En hieruit vloeit dan van zelf tevens voort, dat de subrogatie en de betaling niet uit twee verschillende akten mogen blijken, dat de kwijting en de indeplaats-stelling bij dezelfde akte moeten geschieden (3). Vóór de betaling kan wel subrogatie worden bedongen voor het geval van betaling, in werking kan zij echter vóór de betaling niet treden (4).

819. Meer vereischten noemt de wet niet; bepaaldelijk vordert zij geene authentieke akte, gelijk in art. 1437, 2° B. W.; de subrogatie kan dus ook bij onderhandsche akte plaats hebben (5). Men zorge echter, dat zij eene zekere dagteekening bekome, om van dien kant geene tegenspraak van anderen te ondervinden; onder die voorwaarde heeft eene onderhandsche akte dezelfde kracht als eene authentieke, en hij, die de geldigheid der subrogatie wil betwisten, kan het tegen de eene zoowel als tegen de andere, en tegen beide op ge-

---

(1) Verg. v. ASSEN, in *Themis*, 2, IV, bl. 183. — (2) TOULLIER, VII, n. 117, 120 en v.; DURANTON, XII, n. 118 en v.; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 343, n. 4; MARCADÉ, IV, n. 706; v. BELL, bl. 65 en v. — (3) TOULLIER, VII, n. 116; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 343, n. 5; DURANTON, XII, n. 116; MARCADÉ, IV, n. 706; DE PINTO, II, § 764, 1, bl. 392; 3e uitg. § 824, 1, bl. 492; SCHÜLLER, op art. 1437 B. W.; v. BELL, bl. 68 en v. — (4) MARCADÉ en v. BELL, t. a. p. — (5) TOULLIER, VII, n. 116; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 343 en n. 6. Verg. DURANTON, XII, n. 125, 127; v. BELL, bl. 63.

lijke wijze. Dit geldt ook, wanneer iemand in de plaats van een hypothecairen schuldeischer gesteld wordt; ook dan is er toch geen sprake van het verleenen van hypotheek en wordt er aan de bestaande niets veranderd; alleen verkrijgt de gesubrogeerde er het genot van in plaats van hem, aan wien hij werd gesubrogeerd. Zelfs schijnt de indeplaats-stelling ook enkel mondeling te kunnen geschieden; de wet vordert geen geschrift, en men kan hieruit afleiden, dat dit alleen tot bewijs behoeft te dienen, maar dat dan ook een ander bewijsmiddel niet is uitgesloten. Ook mondeling kan de subrogatie zeer goed, gelijk de wet vordert, uitdrukkelijk geschieden (1).

820. De wet vordert ook geene medewerking of toestemming van den schuldenaar; en ofschoon zij ook wel niet, gelijk onder 2°, zegt, dat de subrogatie zonder zoodanige medewerking kan worden bewerkstelligd, is dit echter niet twijfelachtig, en volgt het zelfs genoegzaam uit het stilzwijgen deswege onder 1°. Zijn toestand ondergaat bij de subrogatie ook geene verandering (2). Zelfs behoeft deze niet aan hem te worden beteekend of door hem erkend, om haar van kracht te doen zijn, ook jegens derden. Alleen zal men ook hier, even als in het geval van art. 668 B. W., zoodanige beteekening of erkenning noodig moeten achten om de subrogatie gevolg te doen hebben ten aanzien van den schuldenaar; anders toch blijkt niet, dat zij dezen bekend is, en zou, zoo hij aan den voormaligen schuldeischer betaalde, en deze de betaling aannam, de in de plaats gestelde slechts tegen dien schuldeischer zijn verhaal kunnen uitoefenen (3).

821. Zoo ligt het ook in den aard der zaak, dat in den regel het bewijs der schuld aan den gesubrogeerde wordt overgegeven; en dit is voor dezen alleszins van belang, om misbruiken te voorkomen, die aan de zijde van den voormaligen schuldeischer anders ligt mogelijk waren. Maar noodig schijnt die overgifte niet (4), en gelijk de titel de schuld zelve niet is, maar slechts het bewijs der schuld, die ook zonder haar bestaat, zoo bestaat de schuld ook voor den in de plaats gestelden schuldeischer, al zijn de bescheiden ook in handen van den vroegeren gebleven.

822. De indeplaats-stelling, waarvan wij spraken, heeft veel overeenkomst met een' verkoop van inschuld; ten onregte is zij echter

---

(1) Verg. v. BELL, bl. 66 en v. Anders in de 1e uitg. — (2) DE PINTO, II, § 764, 2, bl. 392; 3e uitg. § 824, 2, bl. 494. — (3) Verg. hierbij DURANTON, XII, n. 124 en v., 127; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 343 en n. 8; MOURLON, t. a. p., bl. 299; MARCADÉ, IV, n. 707; v. BELL, bl. 34 en v., 64, 125 en v. Zie echter TOULLIER, VII, n. 127, die hier art. 1690 C. N. toepast. — (4) Verg. DURANTON, XII, n. 126; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 344, n. 3; MARCADÉ, IV, n. 707; v. BELL, bl. 64 en v. Anders TOULLIER, VII, n. 115, 126.

daarmede gelijk gesteld (1); zij kan ten hoogste eene soort van verkoop genoemd worden. Ten aanzien van den vroegeren schuldeischer heeft de betaling, die hij ontvangt, hare gewone kracht, en wordt de schuld vernietigt, even alsof er geene subrogatie had plaats gehad (2). Hij draagt eigenlijk de schuld niet over; het is de wet, die dit doet, krachtens zijne toestemming, waardoor hij hem, die betaalt, slechts het genot toelaat van hetgeen de wet dezen toekent. Hij is dan ook niet verpligt tot vrijwaring wegens eene schuld, die te zijnen aanzien geheel heeft opgehouden te bestaan, en behoeft dus, niet slechts voor de gegoedheid van den schuldenaar, maar ook voor het bestaan en de geldigheid der schuld, niet in te staan, gelijk de verkooper dit moet. Alleen zal, zoo werkelijk ten tijde der betaling de schuld niet bestond, de in de plaats gestelde terug kunnen vorderen, wat onverschuldigd is betaald, even als de beweerde schuldenaar zelf, zoo hij betaald had, dit zou kunnen doen; want het is voor den schuldeischer, die de betaling ontving, even alsof de schuldenaar zelf had betaald (3).

823. Om dezelfde reden, dat namelijk de indeplaats-stelling geen verkoop der inschuld is, wordt tot gene ook niet de bekwaamheid vereischt, die de wet tot dezen vordert. Hij, die tot zoodanigen verkoop de bekwaamheid mist, maar bekwaam is om betaling te ontvangen, kan deze evenzeer ontvangen van derden als van den schuldenaar, en kan haar ook ontvangen met indeplaats-stelling, die te zijnen aanzien slechts een accessorium van het ontvangen der betaling is, waartoe de wet geene bijzondere bekwaamheid vordert (4). De bepaling van art. 458 *b* B. W. schijnt echter, vooral als men op haren geest let, zoodanig algemeen te zijn, dat een voogd, de schuld van zijnen minderjarige uit eigene middelen betalende, zich zonder de daar vereischte magtiging niet in de plaats van den schuldeischer kan doen stellen. Zoodanige betaling ook met subrogatie zal echter veelal voordeelig kunnen zijn voor den minderjarige; art. 458 sluit haar ook niet uit, en de kantonregter zal in zoodanig geval de goedkeuring niet weigeren (5).

824. In de tweede plaats kan de indeplaats-stelling bij overeenkomst geschieden door toedoen van den schuldenaar, die, om zijne schuld aan den oorspronkelijken schuldeischer te betalen, eene som gelds ter leen opneemt van eenen derde, die in de regten van

---

(1) Zie TOULLIER, VII, o. a. n. 118 en v. Verg. OPZOOMER, III, bl. 72 en v.; D. AM. V. D. HOEVEN, in *N. Bijd. v. R. en W.*, II, bl. 332 en v. — (2) Verg. MOURLON, t. a. p., bl. 297; V. BELL, bl. 32 en v., 122 en v. — (3) Verg. MOURLON, t. a. p., bl. 298; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 344 en v., n. 1; V. BELL, bl. 33 en v., 124. Anders SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1437 B. W; DE RAS, *Koop en verkoop van inschulden* (Maastricht 1850), bl. 56. Verg. ook DURANTON, XII, n. 138; D. AM. V. D. HOEVEN, t. a. p., bl. 336. — (4) V. BELL, bl. 33, 123 en v. — (5) Verg. hierboven II, n. 935.

dien schuldeischer gesteld zal worden. Deze subrogatie wordt, volgens het slot van art. 1437, 2° B. W., bewerkstelligd zonder de medewerking van den schuldeischer, of liever, gelijk art. 1454 Wetb. van 1830 zeide, zonder zijne *toestemming* (sans le concours de la volonté du créancier, zegt art. 1250 C. N.), eene uitdrukking, die, ten onregte, gelijk wij nader zien zullen, op het voorstel der Regering, niettegenstaande eene daartegen bij de beraadslaging gemaakte aanmerking, bij de herziening werd veranderd (1). Oppervlakkig moge het vreemd schijnen, dat, zonder de toestemming van den schuldeischer, een ander in diens plaats kan worden gesteld; inderdaad is het dit echter niet, wanneer men bedenkt, dat den schuldenaar geenszins de bevoegdheid wordt gegeven, om met geleend geld eene schuld te betalen, die hij met zijn eigen geld voor alsnog niet zou mogen betalen, en dat het, zoo hij betalen mogt, voor den schuldeischer onverschillig is, of met eigen dan wel met geleend geld wordt betaald, en of de schuld, die te zijnen opzigte toch door de betaling te niet gaat, al of niet ten behoeve van een anderen schuldeischer blijft voortbestaan. Voor andere schuldeischers van den schuldenaar is het evenzeer onverschillig, of de toch eenmaal bestaande schuld ten behoeve van denzelfden of van een anderen schuldeischer blijft voortbestaan. Voor den schuldenaar kan het daarentegen van groot belang zijn, dat de schuld, in betrekking tot een minder gestrengen schuldeischer, voor hem minder drukkend worde gemaakt (2).

825. De wetgever heeft bovendien getracht door de noodige bepalingen mogelijke misbruiken te voorkomen en te zorgen, dat niet soms iemand in de regten van een' schuldeischer zou worden gesteld, zonder tot diens voldoening geld te hebben geleend. Hij heeft daartoe gevorderd, dat in de akte van geldopneming, die tusschen den schuldenaar en hem, van wien hij het geld ter leen opneemt, wordt opgemaakt, en die blijkens art. 1437, 2° opgemaakt moet worden, zal worden verklaard, dat de som geleend is om daarmede de betaling te doen; met nadere omschrijving, gelijk men uit die bepaling wel mag afleiden, van de schuld, die daarmede betaald zal worden. Eveneens heeft hij gevorderd, dat de kwijting — en wel, gelijk wij nader zien zullen, de kwijting, die de schuldeischer afgeeft bij de betaling der schuld, — moet inhouden, dat de betaling gedaan is uit penningen, die tot dat einde door den nieuwen schuldeischer zijn voorgeschoten. Eindelijk heeft hij gevorderd, dat beide akten van geldopneming en kwijting bij authentieke akte verleden worden, om

(1) VOORDUIN, V, bl. 113 en v. Verg. VERNEDE, op art. 1437 B. W. —
(2) Verg. vooral voor de geschiedenis des Franschen regts TOULLIER, VII, n. 109—112; voorts DURANTON, XII, n. 129 en v.

ook nog daardoor een waarborg te meer te erlangen (1). Wanneer nu aan al deze vereischten is voldaan, zoo leveren die beide akten, met elkander in verband beschouwd, — of levert de akte, die, wat de wet niet verbiedt, tegelijk beide handelingen constateert (2) — een gewigtigen grond op om aan te nemen, dat hij, die in de plaats van den schuldeischer wordt gesteld, werkelijk het geld heeft geleend, waarmede de oorspronkelijke schuldeischer is betaald.

826. Wij hebben gezegd, dat de kwijting, waarvan hier gesproken wordt, die is, welke bij de betaling door den schuldeischer wordt afgegeven. Zoo werd het tijdens de beraadslagingen ook begrepen door de afdeeling, die, gelijk wij boven (n. 824) aanmerkten, bedenkingen opperde tegen de verandering van het woord »toestemming" in »medewerking." De Regering echter beschouwde dit als een dwaalbegrip en beweerde, dat hier alleen de rede is van eene kwijting tusschen den schuldenaar en den uitleener, waarbij de schuldeischer in geenen deele tusschenbeide behoeft te komen. Hoezeer nu de bedenking der afdeeling geen verder gevolg heeft gehad, en ook niet blijkt door anderen te zijn ondersteund, werd, mijns inziens, zeer teregt door haar tegen het beweren der Regering aangevoerd, dat het duidelijk schijnt, dat hier eene kwijting van den schuldeischer bedoeld wordt, omdat de leening geschiedt om den schuldeischer te betalen en deze dus daarvoor eene akte van kwijting moet passeren, en omdat de schuld tusschen den schuldenaar en uitleener eerst daardoor ontstaat, en er dus tusschen deze alleen van schuldbekentenis, geenszins van kwijting de rede kan zijn (3). Dan er is meer. Vooreerst zou men nog kunnen vragen, waartoe eene dubbele akte van geldopneming en van kwijting te pas zou komen, gelijk de wet die toch blijkbaar veronderstelt, zoo beide dezelfde partijen betreffen, daar het dan meer eenvoudig en even voldoende zou zijn, dat ééne akte van geldopneming tevens het bewijs inhield, dat het geld, waarmede de schuldenaar de schuld betalen wilde, werkelijk aan hem door den uitleener is ter hand gesteld. Ten anderen zie ik niet, hoe eene kwijting door den schuldenaar aan den uitleener te geven bij het ontvangen van het geld, waarmede de schuld *moet worden betaald*, ooit zal kunnen inhouden, gelijk art. 1437 2° dit vordert, dat de betaling *gedaan is* uit penningen, die *tot dat einde* door den nieuwen schuldeischer zijn *voorgeschoten*. De *betaling*, waarvan hier sprake is, kan toch wel met geene mogelijkheid anders verstaan wor-

---

(1) TOULLIER, VII, n. 129; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 344 en n. 4. — (2) Verg. V. BELL, bl. 71. — (3) Zie VOORDUIN, V, bl. 114. Verg. SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1437 B. W; V. ASSEN, § 430, bl. 471; V. BELL, bl. 75 en v. Anders DE PINTO, II, § 764, 2, bl. 392; 3e uitg. § 824, 2, bl. 494 en in n.

den dan van de betaling aan den oorspronkelijken schuldeischer. Ten derde eindelijk schijnen de gelijkluidende woorden van art. 1250 C. N. ook algemeen in dezen zin begrepen te zijn geworden (1).

827. De *medewerking* van den schuldeischer is daarom ook ten onregte uitgesloten (2); slechts zijne *toestemming* tot de indeplaatsstelling behoeft niet te worden gevraagd. Medewerken moet hij daartoe in zoo ver, als hij eene authentieke kwijting moet afgeven, inhoudende de betaling met voorgeschoten penningen. Maar terwijl de daarop vallende kosten natuurlijk ten laste van den schuldenaar komen, mag die medewerking ook niet door hem geweigerd worden. Indien hij die weigert, wordt natuurlijk ook de aanneming geweigerd der betaling, welke hem onder voorwaarde van afgifte van zoodanige kwijting wordt aangeboden. De schuldenaar zal dan aanbod kunnen doen van gereede betaling tegen zoodanige kwijting, en bij voortdurende weigering de verschuldigde som kunnen doen consigneren, waarbij in het daarvan op te maken proces-verbaal van de herkomst der gelden wordt melding gemaakt, om dan gelijke kracht te hebben als de kwijting, bedoeld bij art. 1437, 2° B. W. Ware het anders, zoo zou het aan den schuldeischer staan, de indeplaats-stelling en daarmede ook de ligt door hem niet gewenschte betaling onmogelijk te maken; hetgeen intusschen wel niet door den wetgever kan bedoeld zijn en, blijkens de uitsluiting zijner medewerking, werkelijk niet is bedoeld (3). Tegen een en ander is dan ook eigenlijk geen bezwaar. Het ligt toch in den aard der zaak, dat de schuldeischer, wiens toestemming tot deze subrogatie niet noodig is, niet door eigene waarneming zekerheid behoeft te hebben van de herkomst der gelden, waarmede men hem wil betalen; hij behoeft slechts eene kwijting te onderteekenen, die deze herkomst vermeldt; hij verklaart slechts ontvangen te hebben hetgeen men zeide, dat aldus was voorgeschoten; en dit kan bij het proces-verbaal van bewaargeving even goed geschieden, gelijk ook de schuldeischer geene reden had om zulks te weigeren.

828. De wet spreekt hier niet, gelijk in art. 1437, 1°, van eene uitdrukkelijke subrogatie. Hieruit schijnt te mogen worden afgeleid, dat buiten eene akte van geldopneming en eene kwijting, zoo als de wet die verlangt, niets gevorderd wordt tot deze subrogatie (4). Wel

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 129 en v. — (2) Tenzij men haar, met v. BELL, bl. 78 en v., enkel tot de subrogatie als zoodanig wil beperken, zoodat die tot de kwijting noodig blijft. Dit schijnt echter wat gezocht, daar meer dan die kwijting in geen geval van den schuldeischer verwacht kan worden. — (3) Verg. TOULLIER, VII, n. 131; DURANTON, XII, n. 131; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 344, n. 5; V. BELL, bl. 73 en v. — (4) Verg. TOULLIER, VII, n. 129; DURANTON, XII, n. 133; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 344 en n. 6; DABELOW, § 1086, II, bl. 330; MARCADÉ, IV, n. 709; V. BELL, bl. 72, 77. Anders in de 1e uitg.

zegt de wet, wat vereischt wordt, *om deze subrogatie van waarde te doen zijn*, waaruit men zou kunnen afleiden, dat er in de eerste plaats subrogatie moet zijn, die door de voldoening aan de eischen der wet geldig wordt. Maar zij veronderstelt tevens die subrogatie, wanneer de schuldenaar eene som gelds ter leen opneemt, ten einde zijne schuld te betalen en den geldschieter in de regten van zijn' schuldeischer te stellen; en die bedoeling blijkt uit de akte van geldopneming en de kwijting duidelijk genoeg.

829. De wet bepaalt ook geen' termijn, binnen welken de betaling op de akte van geldopneming volgen moet, en ik betwijfel daarom zeer, of wel eenig tijdsverloop, hoe lang ook, op zich zelf de subrogatie krachteloos zal kunnen maken (1). Hoe toch zal men bij het stilzwijgen der wet zonder willekeur tot de vaststelling van een fatalen termijn geraken, daar er in de wet zelfs geene aanleiding bestaat om dien naar de omstandigheden te regelen? Ook geloof ik niet, dat er veel gevaar van misbruik zal bestaan. Aan den eenen kant toch heeft de uitleener er belang bij, om zooveel mogelijk te zorgen, dat de betaling spoedig op de leening volge, omdat eerst die betaling de subrogatie ten gevolge heeft. Aan den anderen kant heeft ook de schuldenaar, wanneer hij het geld van den uitleener eerst tot andere einden gebruikt heeft, geen belang meer bij diens indeplaatsstelling. Bovendien zou het gemakkelijk zijn, indien men toch misbruik wilde maken, nadat het geld op eene andere wijze was besteed, eene nieuwe akte van geldopneming te doen opmaken, en daarmede alle bezwaren op te heffen. De wet heeft door hare voorzorgen tegen misbruiken willen waken; deze geheel te voorkomen is haar dikwijls onmogelijk, en zou haar ook niet mogelijk zijn door het bepalen van een' termijn; maar nu mag men dan ook bij hare uitlegging en toepassing niet in den werkkring des wetgevers treden, en dit zou men doen door een' termijn aan te nemen, dien hij niet heeft vastgesteld.

830. De wet vordert mede niet, dat juist de schuldenaar den schuldeischer moet betalen, en daar nu ook een derde betalen kan, kan ook de uitleener zelf dit voor den schuldenaar doen, te meer omdat hier van geene subrogatie door den schuldeischer sprake is. Voor den uitleener is zulks het zekerst; in allen gevalle is het van belang voor hem te waken, zoo hij het geld aan den schuldenaar ter hand stelt, dat deze het overeenkomstig de bestemming gebruikt, omdat hij anders niet in de plaats des schuldeischers wordt gesteld (2).

---

(1) Zie echter TOULLIER, VII, n. 132; DURANTON, XII, n. 136; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 344, n. 7. — Dat de geldleening en de betaling niet in tegenwoordigheid van den notaris behoeven plaats te hebben, zie V. BELL, bl. 72. — (2) TOULLIER, VII, n. 133; DURANTON, XII, n. 134 en v.; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 344 en n. 8; V. BELL, bl. 75.

831. De overgifte der schuldbekentenis aan den nieuwen schuldeischer, die wij (n. 821) zagen, dat bij de andere wijze van subrogatie niet noodig is, is het hier even min, of wel nog minder (1), vermits hier de subrogatie door den schuldenaar, of wel de akte van geldopneming in verband met de kwijting, met hetgeen zij moeten inhouden, bewijs genoeg voor den nieuwen schuldeischer zal opleveren.

832. Krachtens die geldopneming kan de uitleener den schuldenaar ook tot teruggave van het geleende geld aanspreken, zoo deze het niet tot de betaling gebruikte; en dit zal het eenige zijn, wat hem tegenover den schuldenaar rest, zoo de schuld, tot wier betaling hij geld geleend heeft, eens niet geldig bestond en er dus geene regten van een' schuldeischer waren, in welke hij kan treden. Van vrijwaring aan zijde van den oorspronkelijken schuldeischer kan hier wel volstrekt geen sprake zijn, omdat deze hier geheel niet met den uitleener gehandeld heeft. En om deze reden geloof ik almede niet, dat de leener op eigen naam van den schuldeischer als onverschuldigd betaald kan terugvorderen, hetgeen dezen met zijn geld is betaald (2). Deze laatste omstandigheid gaat den schuldeischer niet aan en stelt hem, die ontvangt, in geene betrekking tot den uitleener. Gene heeft alleen te doen met hem, die werkelijk betaalde of voor wien betaald werd; aan dezen moet hij teruggeven, wat hij onverschuldigd mogt hebben ontvangen, en door tusschenkomst van dezen, maar zóó ook alleen kan dan de uitleener het door hem uitgegevene terugbekomen (3).

833. Subrogatie heeft, volgens art. 1438 B. W., plaats uit kracht der wet, vooreerst „ten behoeve van dengenen die, zelf schuldeischer zijnde, eenen anderen schuldeischer, die, uit hoofde van deszelfs bevoorregte schuld of hypotheek, een beter regt heeft, voldoet.” Zoodanige betaling kan zeer in het belang van den schuldenaar zijn, die daardoor bevrijd wordt van een hem bedreigenden verkoop zijner goederen; zij is het dan tevens in het belang van den schuldeischer, die betaalt, en die door de vervolging van den ander ligt zijnen waarborg geheel zou verliezen; zij is daardoor in het belang der maatschappij, daar zij vervolgingen en gedwongen verkoopen voorkomt. Maar om nu een' schuldeischer tot die betaling te doen besluiten, moest hem ook een regt verzekerd worden, dat hij vindt in de subrogatie (4).

834. Deze heeft slechts plaats ten behoeve van zoodanigen betaler, die zelf schuldeischer is, en die dus ook door zijn eigen belang

---

(1) Zie echter TOULLIER, VII, n. 134. — (2) Zie echter DURANTON, XII, n. 138; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 345 en n. 3. — (3) Verg. V. BELL, bl. 73. — (4) TOULLIER, VII, n. 140; DURANTON, XII, n. 149; SCHÜLLER, op art. 1438 B. W.

tot de betaling gedreven wordt; die geen schuldeischer is, kan ook wel voor den schuldenaar betalen en zich in de plaats laten stellen, maar hij is niet gesubrogeerd uit kracht der wet. Het is echter voldoende, dat men schuldeischer is; men behoeft juist niet hypothecair of bevoorregt schuldeischer te wezen. En hoezeer de zoodanige in eene nadere betrekking staat tot de goederen van den schuldenaar dan een gewoon schuldeischer, heeft toch ook deze belang bij hun behoud, omdat ze ook voor hem mede tot waarborg strekken (1). Er behoeft zelfs niet te blijken van een werkelijk belang, dat de schuldeischer bij de voldoening van den ander had (2).

835. De schuldeischer, die voldaan wordt, moet een beter regt hebben dan hij, die betaalt. In het omgekeerde geval kan deze ook wel belang hebben om te betalen, omdat ook hij, die niet of minder bevoorregt is, den schuldenaar kan vervolgen en zijne goederen doen verkoopen, en het kan ook voor hem van belang zijn in diens regten gesteld te worden; men zou zelfs kunnen beweren, dat er geene reden bestaat om de subrogratie, die men aan een' minder bevoorregte toekent, aan hem, die een beter regt heeft, in dezelfde gevallen, te ontzeggen. Maar de wetgever heeft het, hoezeer misschien zonder bedoeling, alzoo bepaald; ook de onze heeft het zoo bepaald, niettegenstaande de aanmerkingen deswege op de Fransche wet gemaakt, en het geldt hier eene subrogatie uit kracht der wet, die dus niet buiten de wet mag worden uitgebreid (3). Het is intusschen niet noodig, dat de schuldeischer, die voldaan wordt, de meestbevoorregte, de eerste in rang zij; het is voldoende, zoo hij slechts een beter regt heeft, en zulks uit hoofde zijner bevoorregte schuld of hypotheek.

836. Hij zou ook uit anderen hoofde een beter regt kunnen hebben, door pand, door een bijgevoegd beding van straf, door de toepasselijkheid van den lijfsdwang enz.; en in die gevallen zou de subrogatie ook wenschelijk kunnen zijn. Om de bepaalde uitdrukking der wet geloof ik echter almede niet, dat zij hier uit kracht der wet plaats heeft. Voor de stelling toch, dat de woorden: »uit hoofde van deszelfs bevoorregte schuld of hypotheek", slechts bij wijze van voorbeeld en niet ter beperking zijn ingevoegd (4), zie ik geen den minsten grond, daar veelmeer de redactie der bepaling aan het tegendeel doet denken (5).

---

(1) TOULLIER, VII, n. 140; DURANTON, XII, n. 149, 153; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 345, n. 7; V. BELL, bl. 79. — (2) Verg. V. BELL, bl. 80 en v. — (3) TOULLIER, VII, n. 141; DURANTON, XII, n. 152; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 345, n. 9; V. BELL, bl. 78 en v. — (4) Zoo ZACHARIAE, I, § 321, bl. 345, n. 9; MARCADÉ, IV, n. 711, 1°. — (5) Verg. V. BELL, bl. 79 en v.

837. Deze subrogatie is het onmiddellijk gevolg der betaling, tot welke de toestemming of medewerking van den schuldenaar niet noodig is, en die zelfs tegen zijnen wil kan plaats hebben, omdat de schuldenaar in zijn eigen belang en met volle regt handelt, terwijl ook de toestand van den schuldenaar daardoor niet verergert. Ook de schuldeischer, die een beter regt heeft, kan, zoo namelijk de schuld betaalbaar is, zoodat ook de schuldenaar haar zou mogen voldoen, de aanneming der betaling niet afwijzen, of, zoo hij het deed, kan de ander hem aanbod van gereede betaling doen met consignatie, die dan ook tot betaling strekt en de subrogatie bewerkt (1).

838. In de tweede plaats heeft, volgens art. 1438, 2° B. W., subrogatie plaats uit kracht der wet, „ten behoeve van den kooper van eenig onroerend goed, die den koopprijs daarvan besteedt tot betaling der — van (2) — schuldeischers, aan welke dat goed door hypotheek verbonden was." Hij kan daardoor het middel van zuivering vermijden, of, zoo hij, niet alle schuldeischers voldaan hebbende, als derde bezitter wordt bemoeijelijkt, zijn voordeel doen met den rang, dien de indeplaats-stelling hem verschaft (3).

839. De kooper moet den koopprijs tot die betaling besteed hebben; deze betaling moet dus noodwendig na den koop hebben plaats gehad, toen hij ten gevolge van dezen verpligt was en belang had om te betalen. Indien hij dus eerst, zonder subrogatie bij overeenkomst te bedingen, eens anders hypothecaire schulden betaalde, kan een latere koop der verbonden goederen geene subrogatie ten gevolge hebben, al werd ook in de koopakte verklaard, dat de prijs reeds door den verkooper is genoten en tot de betaling gebezigd (4). Zelfs is het, naar mijn oordeel, volgens de bepaling der wet noodzakelijk, dat de kooper zelf den schuldeischer betaalt of althans doet betalen, en kan eene betaling door den verkooper in eigen naam met de als koopprijs ontvangen gelden hetzelfde gevolg niet hebben, al heeft deze zich ook verbonden om het als koopprijs ontvangene aldus te besteden. Het is dan niet meer de kooper, die den koopprijs zoo besteedt; en tot betaling aan den verkooper was hij natuurlijk in het algemeen verpligt, maar daaraan heeft de wet geene subrogatie in de regten van daaruit betaalde schuldeischers verbonden (5). Maar of de kooper geheel vrijwillig of ten gevolge van eenige vervolging betaalde, is onverschillig (6).

---

(1) DURANTON, XII, n. 151. — (2) OPZOOMER, III, bl. 76. — (3) Verg. TOULLIER, VII, n. 142; DURANTON, XII, n. 159; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 345, n. 10; MARCADÉ, IV, n. 711, 2°. Zie ook V. BELL, bl. 82 en v. — (4) TOULLIER, VII, n 143; DURANTON, XII, n. 158; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 345, n. 11. Verg. echter MARCADÉ, IV, n. 711, 2°. — (5) Zie echter ZACHARIAE, t. a. p. Verg V. BELL, bl. 86. — (6) DURANTON, XII, n. 156; verg. V. BELL, bl. 86 en v.

840. Het is voorts noodig, dat het gekochte goed door hypotheek aan de betaalde schuldeischers verbonden was. Hadden deze alleen eene bevoorregte inschuld, zoo volgt er van regtswege geene subrogatie (1). Was er eenig ander goed voor de betaalde schuld verbonden, zoo heeft ook buiten overeenkomst geene subrogatie plaats; er was ook geene reden om haar uit kracht der wet te doen plaats hebben, omdat de kooper dan door zijn eigen belang niet tot betaling gedreven werd. Intusschen is het niet noodig, dat het gekochte goed alleen verbonden was; en zoo meer goederen voor dezelfde schuld waren bezwaard, mag men aannemen, dat de subrogatie zich ook tot dezen uitstrekt, omdat de wet hier niet beperkt, en het natuurlijk is, bij eene subrogatie aan geheele indeplaats-stelling te denken. Ik geloof dan ook niet, dat het noodig is hier de bepaling van art. 1438, 3° B. W. in te roepen (2).

841. Art. 1438, 2° B. W. veronderstelt betaling met den koopprijs. Volgens art. 1246 B. W. is in het algemeen de derde bezitter, die, hetzij bij uitwinning, hetzij vrijwillig, de schuld heeft gekweten, bevoegd om, na aftrek van zijn aandeel in evenredigheid tot de gezamenlijke waarde der verbonden goederen, de verdere hypothecaire regten voor deze inschuld op de mede verbonden goederen, of gedeelten van deze, te doen gelden. Ik had dien bezitter vroeger (3), verleid door de woorden van art. 1246: „als daardoor uit kracht der wet, in de regten des schuldeischers zijnde getreden," en door het antwoord der Regering op eene daartegen gemaakte bedenking, beschouwd als iemand, die, met anderen of voor anderen gehouden zijnde tot voldoening der schuld, krachtens art. 1438, 3° B. W. was gesubrogeerd, gelijk ook het algemeen gevoelen zoodanige opvatting schijnt mede te brengen. Bij nader inzien acht ik dit, gelijk aanstonds nader zal blijken, minder aannemelijk. Hoe dit zij, het regt, den derden bezitter in art. 1246 toegekend, staat vast, als gegrond op de wet; en wij hebben geene uitbreiding van art. 1438 2°, die dan ook weinig aannemelijk schijnt, noodig om hem, die, na den koopprijs te hebben voldaan, later nog de schuldeischers voldoet, te dien aanzien de noodige zekerheid te verschaffen (4).

842. Volgens art. 1438, 3° heeft verder uit kracht der wet subrogatie plaats »ten behoeve van dengenen die, met anderen, of voor

---

(1) V. BELL, bl. 85 en v. — (2) Verg. TOULLIER, VII, n. 145, vooral n. 2; DURANTON, XII, n. 161 en v.; TROPLONG, *Des privilèges et hypothèques*, I, n. 359; GRENIER, ald. II, n. 496; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 345, n. 12; MARCADÉ, IV, n. 711, 2°; V. BELL, bl. 87 en v. — (3) In de 1e uitg. Zie hierboven V, n. 1085. — (4) Verg. DURANTON, XII, n. 157. V. ASSEN, § 430, bl. 472, schijnt in art. 1246 eene nadere omschrijving van art. 1438, 2° B. W. te zien. Zie voorts OPZOOMER, III, bl. 73 en v.

anderen, gehouden zijnde tot voldoening van eene schuld, belang had om dezelve te voldoen." De wet stelt hier eene tweeledige voorwaarde (1). Vooreerst moet hij, die betaalde, er belang bij hebben om de schuld te voldoen; dit belang toch is de reden, waarom men hem de subrogatie heeft toegekend. Maar niet ieder belang is voldoende (2), anders zou in ééne enkele bepaling subrogatie uit kracht der wet verleend kunnen zijn aan ieder, die eene schuld betaalde, omdat hij er belang bij had, dat ze voldaan werd; en zij, die onder 1° en 2°, en zelfs ook zij, die onder 4° bedoeld zijn, zouden van zelf daaronder begrepen wezen, zonder afzonderlijk bepaalde vermelding te behoeven. Het belang bij de voldoening moet ten tweede een gevolg daarvan zijn, dat hij, die betaalde, met anderen of voor anderen gehouden was tot voldoening der schuld.

843. *Voor anderen* gehouden tot voldoening is b. v. de borg, ten aanzien van wien art. 1877 B. W. noodeloos herhaalt, dat hij, betaald hebbende, van regtswege treedt in al de regten, welke de schuldeischer tegen den schuldenaar gehad heeft. *Met anderen* tot voldoening gehouden zijn zij, die hoofdelijk met anderen verbonden zijn (3), of die met anderen verbonden zijn tot eene ondeelbare schuld, of eene schuld, die niet bij gedeelten mag worden voldaan (4). De verdere vermelding van deze achten wij overbodig, en merken alleen nog aan, dat zij, die slechts tezamen als schuldenaren verbonden zijn, maar voor eene schuld, waarvan ieder zijn aandeel betalen en daarmede volstaan kan, niet gezegd kunnen worden, in den hier bedoelden zin met de anderen tot voldoening der schuld gehouden te zijn, en als zoodanig bij de voldoening van het geheel belang te hebben (5).

844. Daartoe behooren, mijns bedunkens, ook geene derde bezitters van met hypotheek bezwaarde goederen; en daarom acht ik de woorden in art. 1246 B. W. te hunnen aanzien voorkomende: »als daardoor", door de betaling, »uit kracht der wet, in de regten des schuldeischers zijnde getreden", niet zeer juist, omdat die subrogatie, voor zoo ver zij hun is toegekend, nergens anders dan in art. 1246 zelf bepaald is. Reeds bij de beraadslagingen werd daartegen dan ook bedenking geopperd; terwijl eene andere afdeeling, overigens in den geest der Regering sprekende, van dat standpunt misschien niet ten onregte, de aanmerking maakte, dat de bepaling in strijd was

(1) TOULLIER, VII, n. 148. Verg. DABELOW, II, bl. 330. — (2) Verg. V. BELL, bl. 88. — (3) Het hoofdelijke gaat echter door de betaling verloren. Verg. n. 315 en v.; V. BELL, bl. 113, 115. — (4) Verg. arr. Groningen 20 Jan. 1854, *N. R. B.*, IV, bl. 436 en v. — (5) Verg. hierbij TOULLIER, VII, n. 149 en v.; DURANTON, XII, n. 167 en v.; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 345, n. 13; SCHÜLLER, op art. 1438 B. W.; V. BELL, bl. 89.

met het regt van subrogatie, in art. 1438 verleend, waarvan de derde bezitter, die de schuld heeft gekweten, het volle genot moest hebben (1). Die derde bezitters zijn intusschen noch voor den schuldenaar, noch met den schuldenaar verpligt tot voldoening der schuld, voor wier voldoening hun ontroerend goed slechts verbonden is, zonder dat tegen hen zelven eene vordering tot betaling kan worden ingesteld. Was dit onder den C. N. al aan eenige bedenking onderhevig, onder onze wetgeving schijnt daaraan geen twijfel te bestaan. Dit heft wel het belang niet op, dat de derde bezitter bij de voldoening der schuld kan hebben; doch daarin staat hij gelijk met hen, die in art. 1438 1° en 2° genoemd zijn, maar ook bepaaldelijk genoemd moesten worden, om uit kracht der wet gesubrogeerd te zijn. Dat belang alleen is, gelijk wij zagen, niet voldoende om hen in de bepaling van art. 1438, 3° te doen vallen (2).

845. Eindelijk stelt art. 1438, 4° B. W. subrogatie uit kracht der wet vast, »ten behoeve van den erfgenaam die, eenen boedel onder het voorregt van boedelbeschrijving aanvaard hebbende, de schulden der nalatenschap met zijne eigene penningen betaald heeft." Zelf daartoe niet gehouden, en zijne goederen niet met die der nalatenschap vermengd ziende, heeft hij er echter belang bij om door die betaling de aanzuivering van den boedel te bevorderen, en dus te eerder, na voldoening der schulden en lasten der nalatenschap, in het zuiver genot van het overblijvende te treden (3). Wij merken nog slechts aan, dat onder „schulden" hier ook de lasten der nalatenschap schijnen begrepen te moeten worden, gelijk art. 1078, 1° B. W. schulden en lasten der nalatenschap tezamen noemt (4).

846. Indeplaats-stelling uit kracht der wet kan natuurlijk niet anders dan krachtens eene stellige wetsbepaling plaats hebben. Dit sluit wel het onderzoek niet uit naar de toepasselijkheid dier bepaling op bijzondere gevallen, en ook hier geldt het: scire leges non hoc est, verba earum tenere sed vim ac potestatem, maar de bepalingen der wet laten geene uitbreiding toe, hoe analogisch deze ook mag schijnen (5). Vanhier dat de bepaling van art. 1438, 4° niet kan worden uitgebreid tot den curator eener onbeheerde nalatenschap, die alzoo slechts ex negotiorum gestione kan ageren (6).

847. Intusschen zijn in art. 1438 B. W. niet alle gevallen opge-

---

(1) Zie VOORDUIN, IV, bl. 654. — (2) Verg. V. BELL, bl. 90, 93 en v. Zie echter DURANTON, XII, n. 161, 174; ZACHARIAE, I, §, 321, bl. 346, n. 1; MARCADÉ, IV, n. 711, 3°. — (3) Verg. TOULLIER, VII, n. 154. Zie ook V. BELL, bl. 91 en v. — (4) DURANTON, XII, n. 177; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 346, n. 3; V. BELL, bl. 91, n. 2. — (5) Verg. TOULLIER, VII, n. 139, 152; DURANTON, XII, n. 180 en v.; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 345, n. 6; V. BELL, bl. 44. — (6) ZACHARIAE, I, § 321, bl. 346, n. 4; V. BELL, bl. 92. Verg. echter TOULLIER, VII, n. 155.

noemd, waarin uit kracht der wet indeplaats-stelling geschiedt. Behalve hetgeen wij gezien hebben omtrent art. 1246 B. W., bepaalt art. 1152 B. W., dat de legataris, die de schuld heeft gekweten, waarmede het gelegateerde onroerend goed bezwaard was, daardoor van regtswege in de regten van den schuldeischer treedt ten laste der erfgenamen (1). Eveneens treedt, volgens art. 171 *a* W. v. K., hij, die eenen wisselbrief ter eere van een' ander betaalt, door die betaling zelve in de regten van den houder (2). Het spreekt van zelf, dat in dergelijke gevallen de subrogatie uit kracht der wet met hetzelfde gevolg plaats heeft, ofschoon daarvan in art. 1438 niet wordt gesproken.

848. In al de beschouwde gevallen is de subrogatie een onmiddellijk gevolg der betaling, en er is dan ook werkelijke betaling noodig om haar te doen plaats hebben. Hiermede staat in verband, dat zij zich ook slechts zoo ver uitstrekt als de betaling. Dit is niet alleen het geval, gelijk van zelf spreekt, wanneer ten gevolge eener gedeeltelijke betaling de schuld slechts gedeeltelijk wordt gekweten en voor het overblijvende ten behoeve van den oorspronkelijken schuldeischer blijft voortbestaan; maar ook wanneer de gedeeltelijke betaling de vernietiging der geheele schuld ten gevolge heeft gehad, en de schuldeischer daarvoor kwijting voor het geheel gegeven heeft (3). Die kwijting voor het geheel, ten gevolge eener gedeeltelijke betaling, moet natuurlijk, even als iedere kwijting, in het belang zijn van den schuldenaar, die door zoodanige gedeeltelijke kwijtschelding wordt gebaat; want ofschoon er eigenlijk geene kwijtschelding aan hem heeft plaats gehad, is er toch in eene volledige kwijting voor gedeeltelijke betaling noodwendig eene gedeeltelijke kwijtschelding begrepen. Aan den anderen kant ontstaat de betrekking tusschen den nieuwen schuldeischer en den schuldenaar door de betaling van genen, waarmede hij, zonder dat hierin door de bijkomende subrogatie verandering wordt gemaakt, de belangen van dezen waarneemt; ook van dien kant is het natuurlijk, dat hij, die betaalde, slechts in zoo ver schuldeischer wordt, als hij betaalde. Bij verkoop van inschuld is dat geheel anders, maar de subrogatie moet daarmede niet verward worden.

849. Voor zoo ver de gesubrogeerde betaald heeft, treedt hij geheel in de regten van den schuldeischer. Het kan zijn, dat dit hem niets verschaft, wat hij niet ook zonder subrogatie van den schuldenaar, wiens belang hij heeft waargenomen, kon vorderen;

---

(1) Verg. hierboven V, n. 579. — (2) Verg. v. BELL, bl. 95 en v. — (3) Verg. DURANTON, XII, n. 122; MOURLON, t. a. p., bl. 298, 303; MARCADÉ, IV, n. 708, 717. Zie echter v. BELL, bl. 46 en v., 53 en v.

meestal is dit echter het geval niet. Behalve de zekerheid, die hypotheek of pand hem zal verschaffen, is, zoo het eene bevoorregte schuld was, ook de in de plaats gestelde bevoorregt, hetgeen hij niet zou zijn, zoo hij alleen als waarnemer van des schuldenaars belangen opkwam. De interessen, die de schuld medebrengt, loopen ook in zijn voordeel, 'tgeen zij anders niet dan sedert eene aanmaning zouden doen. Eene bedongene strafbepaling, de toepasselijkheid van den lijfsdwang, de meer of minder gemakkelijke tenuitvoerlegging, de keuze van woonplaats door den schuldenaar, om de invordering der schuld gemakkelijker te maken, het regt om ontbinding of vernietiging te vragen en wat dies meer zij, waarvan een negotiorum gestor als zoodanig geen genot zou hebben, werkt in het belang van den gesubrogeerde (1).

850. Dit alles is een gevolg daarvan, dat de schuld zelve geacht wordt voort te bestaan, niettegenstaande de betaling. Men werpe niet tegen, dat dit vreemd is; want het is eene fictie der wet zelve, in het algemeen belang vastgesteld. Het zou bovendien niet minder vreemd zijn, indien men, met erkenning, dat de schuld is te niet gegaan, de accessoria der schuld, maar die afgezonderd van deze niet kunnen bestaan, liet voortduren (2). Dat voortbestaan der schuld zelve is oorzaak, dat die accessoria mede overgaan. En eveneens is daarvan het gevolg, dat de schuldenaar zich tegen den gesubrogeerden schuldeischer van dezelfde exceptiën kan bedienen, als tegen den oorspronkelijken (3) Ook dit is een natuurlijk gevolg der indeplaatsstelling, en dat het niet in die algemeenheid gelden kan, waar deze een gevolg is van de daad des schuldenaars zelven, is eenvoudig een even natuurlijk uitvloeisel van de daarbij door den schuldenaar gedane erkenning der schuld (4). Om dezelfde reden schijnt mij ook het gevoelen niet aannemelijk, dat, zoo de oorspronkelijke schuld hoogere interessen medebrengt dan eene latere wet toelaat te bedingen, de hoogere interessen na de subrogatie niet verschuldigd zouden zijn (5). Dit zou slechts dan het geval zijn, wanneer bij de subrogatie eene nieuwe schuld, of wel de oude schuld op nieuw, werd aangegaan.

851. Dat de accessoria met de schuld overgaan, geldt, al beletten bijzondere omstandigheden voor den nieuwen schuldeischer ook het genot van sommige, of al hadden omstandigheden, die te zijnen aanzien niet bestaan, het genot daarvan voor den oorspronkelijken schuldeischer belet. Zoo kan, wanneer de schuld van dien aard is, dat zij

---

(1) MOURLON, t. a. p., bl. 307. Verg. DURANTON, XII, bl. 123; V. BELL, bl. 99 en v. — (2) Verg. MOURLON, t. a. p., bl. 297. — (3) DURANTON, XII, n. 128; MOURLON, t. a. p., bl. 307. — (4) Verg. V. BELL, bl. 110 en v. — (5) Zie MOURLON, t. a. p., bl. 303 en v.

lijfsdwang medebrengt, deze door den gesubrogeerde worden uitgeoefend, al was dit den oorspronkelijken schuldeischer, wegens naauwe bloedverwantschap tusschen hem en den schuldenaar, ook ontzegd op grond van art 587 W. v. B. R. (1).

852. Art. 1439 B. W. zegt, dat de subrogatie, bij de voorgaande artikelen bepaald, en dus even zeer die bij overeenkomst als die uit kracht der wet geschiedt, zoowel tegen de borgen als tegen de schuldenaren plaats heeft. Dit ligt in den aard der zaak en is gegrond in het voortbestaan der schuld zelve, daar anders zij, die borgen waren voor de oorspronkelijke schuld, dit niet noodwendig zouden zijn ten behoeve van den gesubrogeerde. Onze wet bepaalt het in navolging van art. 1252 C. N., waar men daardoor een vroeger bestaand verschil van gevoelen heeft willen opheffen (2). Voor het overige merken wij nog slechts aan, dat, hoezeer in art. 1437, 1° B. W., waar gesproken wordt van regten, regtsvorderingen, voorregten en hypotheken, geene uitdrukkelijke melding wordt gemaakt van borgtogten, deze echter ook daar noodwendig onder de gebezigde uitdrukking begrepen zijn.

853. Art. 1439 B. W. spreekt niet van hypotheken. Wanneer het verhypothekeerde goed aan den schuldenaar zelven toebehoort en is blijven toebehooren, kan deswege geen twijfel bestaan, omdat de subrogatie tegen de schuldenaren plaats heeft. Voor zoo ver het goed in handen is van een derden bezitter moet echter hetzelfde gelden. Dat art. 1439 om de aangegeven reden, de opheffing namelijk van een vroeger bestaand verschil van gevoelen, van borgen spreekt, en niet van derde bezitters, zal wel niet voldoende zijn om eene werking, die in den aard der subrogatie ligt, te ontkennen. En het ligt in den aard der zaak, dat bij het voortbestaan der schuld, tot wier zekerheid — en niet tot zekerheid van een bepaalden schuldeischer — de hypotheek gegeven is, ook deze moet blijven bestaan. De subrogatie kan dan ook in het belang van den derden bezitter zelven zijn, in zoo ver daardoor eene vervolging wordt voorgekomen, die ook voor hem nadeelig wezen zou. En dit geldt eveneens van elke soort van subrogatie (3).

854. Deze kan intusschen, volgens art. 1439 B. W., den schuldeischer in zijne regten niet verkorten, indien hij slechts gedeeltelijk betaald is. Nemo contra se ipsum subrogassse censetur. Zoo hij ten volle betaald is, kan er van geene verkorting sprake zijn, omdat de schuld te zijnen opzigte te niet is gegaan. Bij slechts gedeeltelijke

---

(1) Verg. V. BELL, bl. 102 en v. — (2) ZACHARIAE, I, § 321, bl. 346, n. 6; DABELOW, § 1087, II, bl. 331. — (3) Verg. MOURLON, t. a. p., bl. 313 en v., en in *Rev. d. rev. de droit*, IX, bl. 122 en v.; MARCADÉ, IV, n. 712; V. BELL, bl. 104 en v.

betaling »kan hij zijne regten, ten aanzien van hetgeen hem nog verschuldigd blijft, uitoefenen, bij voorrang boven dengene, van wien hij slechts eene gedeeltelijke voldoening bekomen heeft" (1).

855. Ook hier spreekt de wet algemeen, en het is dus onverschillig, of de subrogatie door toedoen van den schuldeischer zelven is geschied, of wel anders. Het ligt echter genoegzaam in de bepaling der wet, dat dit alleen ziet op de gedeeltelijk betaalde schuld; zoo de schuldeischer ook buitendien iets van den schuldenaar te vorderen had, vermindert dit het regt van den gesubrogeerde niet (2). Bovendien veronderstelt art. 1439 blijkbaar, dat er voor den schuldeischer, door hypotheek, pand of eenig ander regt, eenig voorregt bestond, waarvan hij dan bij voorrang boven den gesubrogeerde kan gebruik maken. De wet geeft hem geen voorregt, en zoo het dus eene gewone schuld geldt, waarvoor slechts eene gewone vordering is gegeven, treden de oorspronkelijke schuldeischer en de gesubrogeerde als concurrente schuldeischers tezamen op (3).

856. Voorts geeft art. 1430 B. W. hier aan den oorspronkelijken schuldeischer slechts eenen voorrang, die alleen persoonlijk aan hem eigen is, en als zoodanig alleen kan overgaan op hen, die als erfgenamen of regtverkrijgenden hem opvolgen. Men zou met veel schijn van grond kunnen beweren, dat, zoo eerst iemand voor een gedeelte en later een ander voor het overige werd gesubrogeerd, deze laatste, om geheel in de plaats van den schuldeischer te treden, ook dien voorrang boven den eersten gesubrogeerde zou moeten hebben (4). Dan, hiertegen staat, naar het schijnt met afdoende kracht, over, dat de laatst gesubrogeerde evenzeer gesubrogeerde is als de eerst gesubrogeerde; dat er alzoo geene reden zou bestaan om genen boven dezen eenige gunst toe te kennen; dat de ratio legis is, dat de indeplaats-stelling niet ten nadeele van den schuldeischer moet strekken, maar, gelijk hij daarvan geen voordeel geniet, geheel onverschillig voor hem moet blijven; en dat de wet slechts wil, dat zij *zijne* regten niet verkort, zoo hij slechts gedeeltelijk betaald is, van welke gedeeltelijke betaling dan ook bij den laatst gesubrogeerde geen sprake kan zijn. Alle gesubrogeerden, hetzij ze tegelijk of wel de een na den ander voor onderscheidene gedeelten der schuld in de plaats gesteld zijn, staan dus, wat hunne regten betreft, in gelijken rang (5).

(1) Verg. v. BELL, bl. 36, 45 en v., 107 en v. Zie voorts de bestrijding der bepaling door MARCADÉ, IV, n. 713. — (2) TOULLIER, VII, n. 169, DURANTON, XII, n. 134. Verg. ZACHARIAE, I, § 321, bl. 346, n. 8. – (3) DURANTON, XII, n. 185 en v.; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 346, n. 9; MARCADÉ, IV, n. 71. – (4) Verg. v. BELL, bl. 108 en v. — (5) TOULLIER, VII, n. 170 en v.; DURANTON, XII, n. 288 en v.; ZACHARIAE, I, § 321, bl 346 en n. 11; MARCADÉ, IV, n. 714. SCHÜLLER en VERNEDE stellen, dat de tweede gesubrogeerde rang neemt achter den eersten; daarvoor zie ik echter almede geen den minsten grond.

Voor het overige spreekt het van zelf, dat art. 1439 B. W. niet ziet op eigenlijke cessie (1).

AFDEELING II.

Van aanbod van gereede betaling, gevolgd van consignatie of bewaargeving.

§ 5.

Van de vereischten tot de geldigheid van het aanbod en de bewaargeving.

857. Een ander middel, waardoor de schuldenaar de verbindtenis kan doen te niet gaan, wanneer hij dit door betaling niet kan, omdat de schuldeischer weigert die aan te nemen, is het aanbod van gereede betaling, gevolgd van consignatie. De Fransche wetgever schijnt dit middel als eene soort van betaling beschouwd te hebben; hij behandelt althans het onderwerp in een onderdeel der afdeeling, waarin over betaling gehandeld wordt. Onze wetgever heeft daaraan, naar wij gelooven meer teregt, eene afzonderlijke afdeeling gewijd. Minder gelukkig schijnt hij er echter in geslaagd te zijn om, bij de behandeling van het onderwerp in twee wetboeken, hier en in de eerste afdeeling van boek III, titel VI, W. v. B. R., de zaak uitsluitend in het B. W., de in acht te nemen vormen alleen in het W. v. B. R. te regelen (2).

858. Indien de schuldeischer weigert zijne betaling te ontvangen, kan de schuldenaar, volgens art. 1440 *a* B. W., hem aanbod van gereede betaling doen, en wanneer ook het aanbod geweigerd wordt, het aangebodene in bewaring stellen. Op zich zelf kan het aanbod, ook wanneer het gedaan wordt overeenkomstig hetgeen hier deswege door de wet wordt voorgeschreven, strekken tot betaling, wanneer namelijk het aangebodene door den schuldeischer in betaling der schuld wordt aangenomen. De schuldenaar is dan natuurlijk daardoor

(1) DURANTON, XII, n. 187; MARCADÉ, IV, n. 715. — (2) Verg. LIPMAN, *W. v. B. R.*, enz., bl. 352; OUDEMAN, III, bl. 248, 2e uitg. bl. 237; DE PINTO, *Handl. tot het W. v. B. R.*, II, § 537, bl. 819 en v. De verklaring van het verschil in de opschriften der afdeelingen in het B. W. en in het W. v. B. R., in *Opm. en Med.*, I, bl. 19, schijnt aan gegronden twijfel onderhevig.

bevrijd, even als hij dat is door iedere wijze van betaling; en het ligt in den aard der zaak, dat de meer of minder volkomene opvolging der wettelijke voorschriften omtrent het aanbod in zoodanig geval onverschillig is. Die voorschriften betreffen slechts het aanbod voor zoo ver het in verband met eene opgevolgde bewaargeving strekken moet tot bevrijding van den schuldenaar, gelijk de wet dan ook hier al aanstonds die beide handelingen nevens elkander vermeldt.

859. De schuldenaar heeft tot dat aanbod de bevoegdheid, maar is er natuurlijk ook bij eene weigering des schuldeischers niet toe verpligt. Aan den anderen kant behoeft echter ook de schuldenaar, om het aanbod van waarde te doen zijn, de weigering des schuldeischers niet in regten te bewijzen; bepaaldelijk is er geene sommatie noodig om den onwil des schuldeischers te doen blijken. Zijne weigering maakt wel dit middel noodig voor hem, die bevrijd wil wezen; deze zal wel daartoe niet ligt overgaan, wanneer de schuldeischer bereidvaardig is om hetgeen men hem in betaling wil geven als zoodanig aan te nemen, en daarom wordt in art. 1440 *a* B. W. zoodanige weigering verondersteld; bovendien zal ook het al of niet bestaan dier weigering bij de beoordeeling van de verdediging des schuldeischers in aanmerking kunnen komen en op de uitspraak omtrent de kosten invloed uitoefenen. Maar de schuldenaar kan tot het aanbod overgaan ook zonder ooit den schuldeischer in de gelegenheid gesteld te hebben om de betaling aan te nemen of te weigeren, en het zal op zich zelf beschouwd ook dan hetzelfde gevolg als anders voor hem opleveren; art. 1441 B. W. toch vordert voor de geldigheid van het aanbod geen bewijs van eenige voorafgaande weigering.

860. Onze wet noemt *aanbod van gereede betaling*, wat art. 1257 C. N. *offres réelles* noemt, terwijl het Wetb. van 1830 sprak van *aanbod met de daad* (1). Die benaming is eene gepaste uitdrukking van het wezen der zaak. Eene aanbieding van te zullen betalen of het verschuldigde ter beschikking van den schuldeischer te zullen stellen, is dus tot het doel niet voldoende; het verschuldigde moet, wanneer men althans het bijzonder geval van art. 1448 B. W. uitzondert, werkelijk aan den schuldeischer worden aangeboden, zoodat hij het van hem, die het aanbiedt, overnemen kan en het alzoo wezenlijk tot betaling kan strekken (2). Evenmin kan in het algemeen eene aanmaning, om de zaak te komen terugnemen of afhalen, als een aanbod van gereede betaling worden aangenomen (3). De wet

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 115 en v. — (2) TOULLIER, VII, n. 188; DURANTON, XII, n. 200; D. A. BISDOM, *De rei debitae oblatione ac consignatione tanquam modo tollendae obligationis* (Utrecht 1835), bl. 3 en v. — (3) Verg. Amsterdam 28 Nov. 1842, *R. B.*, V, bl. 860 en v.

schrijft voorts eenige voorwaarden voor, onder welke alleen het aanbod, om tot het doel te leiden, van waarde kan zijn.

861. Daartoe is in de eerste plaats noodig de bevoegdheid van hem, door, en van hem, aan wien het aanbod wordt gedaan. Het moet, volgens art. 1441, 1° B. W., gedaan worden aan eenen schuldeischer, die bevoegd is om te ontvangen, of aan dengene, die de magt heeft om voor hem te ontvangen. Art. 1421 en 1423 B. W. bepalen, aan wien kan en moet betaald worden: het dienaangaande gezegde geldt dus ook hier; en het ligt in den aard der zaak, dat hem, aan wien niet betaald kan worden, ook niet geldig kan worden aangeboden, en omgekeerd, omdat het aanbod slechts waarde hebben kan, wanneer hij, wien iets aangeboden wordt, ook bevoegd is dit in ontvangst te nemen. Wanneer bepaald is, dat aan een' derde zal moeten of kunnen worden betaald, zoo moet of kan daarom ook aan dezen het aanbod worden gedaan, onverminderd de verpligting van den schuldenaar, zoo hij het aanbod van waarde wil laten verklaren, om daartoe den schuldeischer zelven op te roepen, als die zijne tegenpartij is en blijft (1).

862. Volgens art. 1441, 2° moet het aanbod gedaan worden door iemand, die bevoegd is om te betalen; anders toch is de betaling, die men met het aanbod beoogt, niet geldig, en de schuldeischer behoeft niet aan te nemen, wat van hem zou kunnen worden teruggevorderd. Ook hier geldt het vroeger gezegde, bepaaldelijk ten aanzien der bevoégdheid van eenen derde, overeenkomstig art. 1418 B. W.; dat toch art. 1440 *a* van den schuldenaar spreekt, geschiedt slechts kortheidshalve en wordt daarom ook door ons nagevolgd, maar heeft geene beperkende strekking, zoodat het den derde niet uitsluit (2).

863. In de tweede plaats is het noodig, dat er eene schuld bestaat, die de schuldenaar geregtigd is te betalen. Hiertoe behoort vooreerst, dat, zoo zij onder eene voorwaarde is aangegaan, deze moet vervuld zijn; art. 1441, 5° B. W. Anders bestaat er nog geene schuld, en de schuldenaar kan den schuldeischer niet noodzaken om aan te nemen, wat hij toch weder van hem zou kunnen terugvorderen; zelfs wanneer hij hiervan afstand deed, kan hij geene betaling opdringen, die onverschuldigd is (3). De wet veronderstelt hier blijkbaar eene opschortende voorwaarde; eene ontbindende belet, zoolang

---

(1) DURANTON, XII, n. 203. Verg. POTHIER, n. 574; TOULLIER, VII, n. 489. — (2) ZACHARIAE, I, § 322, bl. 347, n. 1. Verg. DE PINTO, II, § 767, 2, bl. 394; 3e uitg. § 827, 2, bl. 496; SCHÜLLER, op art. 1441 B. W.; BISDOM, bl. 9 en v. — (3) POTHIER, n. 576; DURANTON, XII, n. 208; SCHÜLLER, op art. 1441 B. W.

zij niet is vervuld, het bestaan der schuld niet, en dus ook niet het aanbod (1).

864. Ten anderen behoort daartoe, dat de tijdsbepaling verschenen zij, indien zij ten behoeve van den schuldeischer bedongen is; art. 1441, 4° B. W. Anders belet eene tijdsbepaling het aanbod niet, omdat zij de verbindtenis niet opschort en daarom hare vroegere voldoening niet belet, en het vooraf betaalde niet kan worden teruggevorderd (2). De verschijning der tijdsbepaling is echter ook dan noodig, wanneer, zonder dat zij zelve bepaaldelijk ten behoeve van den schuldeischer is bedongen, de verbindtenis van dien aard is, dat zij juist op een bepaald tijdstip moet vervuld worden.

865. In de derde plaats is het noodig, dat het aanbod volledig zij. Art. 1441, 3° B. W. vordert hiertoe vooreerst, dat het loope over de geheele opeischbare som; de schuldenaar kan ook door een aanbod de regten niet verkorten van den schuldeischer, die volgens art. 1426 B. W. geene betaling bij gedeelten behoeft te ontvangen. De wet veronderstelt hier het bestaan van ééne schuld; zoo de schuldenaar jegens den schuldeischer meer schulden had aangegaan, hetzij die tegelijk of op verschillende tijden betaalbaar waren, belet de opeischbaarheid van allen hem niet voor ééne afzonderlijk, mits voor deze geheel, de betaling aan te bieden. Dit geldt ook van interessen, over verschillende jaren verschuldigd; en zoo dezelfde schuld bij termijnen betaalbaar is, maken deze wel tezamen slechts het geheel uit, maar staat toch ook ieder termijn op zich zelf, en kan daarom, al zijn er ook meer termijnen tegelijk verschuldigd, de schuldenaar desniettemin ook een enkelen aanbieden (3).

866. Men merke voorts op, dat de wet niet vordert, dat juist de geheele opeischbare som en niets meer worde aangeboden. Wel behoeft de schuldeischer niet meer aan te nemen; en zoo hij aanmerking maakt op hetgeen te veel is aangeboden, en hij niet kan of niet wil teruggeven, om het aangebodene met de schuld in overeenstemming te brengen, zal het wel aan den schuldenaar staan om dit te doen; maar voor het overige wordt, zoo de schuldenaar daarop geen aanmerking maakt, het aanbod daardoor niet van onwaarde (4). Hij is onder de door ons veronderstelde omstandigheid daardoor niet bezwaard; en zoo er te veel is aangeboden, is zeker ook de geheele

---

(1) DURANTON, XII, n. 209. — (2) Dit lijdt echter uitzondering ten aanzien van wissels, volgens art. 159 W. v. K. — (3) Verg. DURANTON, XII, n. 206; hierboven n. 773. — (4) Zoo ook TOULLIER, VII, n. 193 en v. Verg. echter DURANTON, VII, n. 205; BISDOM, bl. 12—15. Zie voorts MARCADÉ, IV, n. 733.

som aangeboden; dit vordert de wet, en haar uitlegger mag hare eischen niet uitbreiden.

867. Met de opeischbare som moeten ook de interessen worden aangeboden. Art. 1442, 2° B. W. vordert voor de geldigheid der consignatie de interessen tot den dag der bewaarstelling, en wij zullen later gelegenheid hebben deze bepaling tegen de daartegen gemaakte bedenkingen te verdedigen. Het spreekt echter, geloof ik, wel van zelf, dat de interessen, in art. 1441, 3° bedoeld, slechts loopen tot den dag, waarop het aanbod zelf geschiedt, dus over den tijd, waarvoor zij dan verschuldigd zijn, en dat zij niet mede kunnen loopen over den alsdan nog geheel onzekeren tijd, die er nog zal kunnen verloopen vóór de mogelijke, maar niet eens zekere consignatie. De wet schrijft dan ook geen voorbehoud wegens verdere interessen, met bereidverklaring tot bijbetaling daarvan of nadere vereffening, voor, gelijk zij wel doet ten aanzien der kosten (1).

868. Eindelijk vordert namelijk art. 1441, 3° B. W., dat het aanbod loope over de kosten, die vereffend zijn, en over deze dus in hun geheel, en over eene som gelds voor de kosten, die nog niet vereffend zijn, onder voorbehoud van nadere vereffening. Het kan wel niet anders, wanneer men zonder voorafgaande vereffening der kosten — waarbij men moet denken aan kosten, door den schuldeischer gemaakt, en voor wier vereffening dus ook door dezen gezorgd moet worden — den schuldenaar de mogelijkheid van een aanbod niet wilde ontzeggen. De wet vordert nu niet, dat het aangebodene nagenoeg of zooveel mogelijk in overeenstemming met de werkelijkheid moet zijn; en hoe gering het dus moge wezen, het aanbod zelf wordt daardoor niet van onwaarde, mits maar, hetgeen uitdrukkelijk zal moeten geschieden, nadere vereffening worde voorbehouden. De bezwaren, die zulks voor den schuldeischer hebben kan, heeft deze dan ook veelal zich zelven te wijten (2). Wat voorts de vraag betreft, of de kosten al dan niet vereffend zijn, dit moet beoordeeld worden naar het tijdstip zelf van het aanbod.

869. In de vierde plaats is het noodig, dat het aanbod op de regte plaats worde gedaan. Volgens art. 1441, 6° B. W. moet het gedaan worden op de plaats waar de betaling, volgens de overeenkomst, zou moeten geschieden, en indien er geene overeenkomst des-

---

(1) Verg. mr. A. DE VRIES, in *N. R. B.*, II, bl. 353. Zie echter VERNEDE, op art. 1441 B. W. – Natuurlijk komen hier de interessen slechts te pas, wanneer ze verschuldigd zijn; Amsterdam 15 Junij 1852, *N. R. B.*, II, bl. 350 en v., 359 en v. — (2) Verg. MALLEVILLE, op art. 1258 C. N., III, bl. 106 en v.; TOULLIER, VII, n. 192; DE VRIES, t. a. p.; Amsterdam, t. a. p., bl. 360; Tiel 18 Jan. 1856, *W.* 1740.

wege bestaat, hetzij aan den persoon van den schuldeischer (1), hetzij te zijner werkelijke of gekozene woonplaats. Men merke hierbij op, dat de wet hier niet zoodanige zekere en bepaalde zaken op het oog heeft, ten aanzien waarvan de betaling, volgens art. 1429 *a* B. W., moet geschieden ter plaatse, waar zij zich ten tijde van het aangaan der verbindtenis bevond, maar dat daarover wordt gehandeld in art. 1448 B. W. De woonplaats van den schuldenaar kon hier natuurlijk niet in aanmerking komen. Hem is voorts in dezen eene ruime bevoegdheid gelaten, waarbij wij nog aanmerken, dat natuurlijk de analogie van art. 1429 *b* B. W. niet kan beletten het aanbod ter werkelijke woonplaats van den schuldeischer, al is die ook in eene andere gemeente overgebragt (2). Ook verhindert de omstandigheid, dat noch de schuldeischer, noch een zijner huisgenooten te huis gevonden wordt, blijkens art. 794 *e* W. v. B. R., de geldigheid van het aanbod niet. Wat de gekozene woonplaats betreft, men moet daaronder die verstaan, welke voor de betaling der schuld aangewezen, of bij de beteekening van een vonnis of bij het bevel, overeenkomstig art. 439 W. v. B. R., gekozen is. Ook hangende een geding moet daarom niet aan den procureur des schuldeischers worden aangeboden, als bij wien deze wel voor het voeren van het geding en de beteekening van stukken in den loop daarvan, maar niet noodwendig ook voor het ontvangen van betaling woonplaats gekozen heeft (3).

870. De bepaling van art. 1441, 6° B. W. kan geene toepassing vinden, waar de schuldeischer aan den schuldenaar onbekend is, gelijk bij schuldvorderingen, die aan toonder luiden of aan order gesteld en dus voor endossement vatbaar zijn. Eene Fransche Wet van 6 Thermidor an III (4) bepaalde, dat, wanneer het stuk niet binnen drie maanden na den vervaldag ter betaling wordt aangeboden, de schuldenaar geregtigd is om de verschuldigde som te consigneren, en de akte van bewaarneming later tegen teruggave van het stuk af te geven, opdat de schuldeischer tegen teruggave dier akte de geconsigneerde som kan ontvangen. Deze wet is echter hier te lande nooit executoir verklaard, en dus bij ons niet van kracht. In het voorgestelde geval schijnt daarom bij ons de schuldenaar van het in

---

(1) In geval deze vermoedelijk overleden verklaard is, komt de vermoedelijke erfgenaam in zijne plaats, gelijk na werkelijk overlijden de erfgenaam. Verg. DURANTON, XII, n. 13. — (2) SCHÜLLER, op art. 1441 B. W. — (3) Verg. Winschoten 19 October 1842, *W.* 417; Groningen 3 Jan. 1853, *W.* 1426. Anders OUDEMAN, III, bl. 259; 2e uitg. bl. 247 en v. Verg. hierboven n. 754. — (4) Zie DURANTON, XII, n. 212; ZACHARIAE, I, § 322, bl. 347, n. 2.

deze afdeeling behandelde middel geen gebruik te kunnen maken. Eene analogische toepassing toch van art. 4, 7° W. v. B. R. schijnt weinig aannemelijk, waar het een aanbod van gereede betaling geldt en geen gewoon exploit.

871. In de vijfde plaats moet het aanbod zelf in den wettigen vorm geschieden. Art. 1441, 7° B. W. vordert daartoe, dat het gedaan worde door een' notaris of door een' deurwaarder, beide — d. i. om het even door wien van beide het aanbod wordt gedaan, in elk geval (1), — met twee getuigen. De bepaalde opnoeming van den notaris en den deurwaarder heft allen twijfel op, waarvoor de in art. 1258 C. N. gebezigde uitdrukking „un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes" plaats liet, en dat daar geene tegenwoordigheid van getuigen gevorderd werd, baarde ook in Frankrijk verwondering (2). De getuigen moeten natuurlijk bevoegde getuigen zijn, zal het aanbod van waarde wezen; bepaaldelijk komen hierbij in aanmerking art. 23 en v. der Wet op het Notarisambt van 9 Julij 1842 (Sb. n. 20) (3).

872. De notaris of deurwaarder moet van het gedane aanbod een proces-verbaal opmaken, waarvan de vereischten zijn opgegeven in art. 794 W. v. B. R. Het moet de zaken of den aard der geldspeciën, die aangeboden worden, vermelden, gelijk ook het antwoord van den schuldeischer of, zoo deze afwezig is, van den persoon, aan wien het aanbod is gedaan; dit antwoord moet door hem, die het gaf, geteekend worden, of zoo deze dit niet kan of wil doen, moet daarvan melding worden gemaakt in het proces-verbaal, dat door den notaris of deurwaarder moet worden gedagteekend en geteekend, en waarvan afschrift aan den persoon of de woonplaats van den schuldeischer moet worden gelaten; ingeval geen der huisgenooten aanwezig is, met inachtneming van art. 2 W. v. B. R., alles op straffe van nietigheid. Art. 794 vordert niet de onderteekening van het proces-verbaal door de getuigen, echter voor alle notariële akten voorgeschreven (4). De oorzaak van dat stilzwijgen kan misschien daarin gelegen zijn, dat terwijl de tegenwoordigheid van getuigen in den C. N. en ook in het Ontwerp van 1824 niet gevorderd werd, men bij de behandeling van het W. v. B. R. de gemaakte verandering niet voor den geest heeft gehad.

873. Wij merken hierbij ten slotte nog op, dat het bij het stil-

---

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 116 en v., n. III, en IV, 4°. — (2) Verg. TOULLIER, VII, n. 199 en v.; ZACHARIAE, I, § 321, bl. 347, n. 4; MARCADÉ, IV, n. 734; ASSER, § 726; DE PINTO, II, § 767, 7, bl. 396; 3e uitg. § 827, 7, bl. 497 en v.; BISDOM, bl. 18 en v. — (3) Verg. OUDEMAN, III, bl. 249 en v.; 2e uitg. bl. 238. — (4) OUDEMAN, III, bl. 251; 2e uitg. bl. 240.

zwijgen der wet niet ongeoorloofd kan zijn aan het aanbod de voorwaarde te verbinden van zoodanige handelingen, waartoe de schuldeischer in het algemeen verpligt is bij het ontvangen der betaling. Men kan alzoo als voorwaarde stellen: het afgeven eener kwijting, de toestemming tot doorhaling van hypotheken, enz. Om die voorwaarden mag het aanbod niet geweigerd worden, en blijft het althans even geldig (1).

874. Wanneer het aanbod niet aan de vereischten der wet beantwoordt, kan de schuldeischer het gerustelijk weigeren, en baat het den schuldenaar niets, omdat het niet van waarde is. Anders kan de schuldenaar, volgens art. 1440 *a* B. W., bij weigering van den schuldeischer om het aangebodene aan te nemen, de geldsom of zaak in geregtelijke bewaring stellen. Deze laatste handeling is dan gegrond op de weigering of wel de niet-aanneming van den schuldeischer, waarvan hier uit het proces-verbaal van aanbod, met name uit het daarin opgenomen antwoord of de daarin vermelde omstandigheid, dat aan de woonplaats van den schuldeischer niemand te huis was, het bewijs geleverd kan worden. Hoezeer toch art. 1440 *a* van weigering spreekt, zal men ook hier die bepaling niet tot het geval eener stellige weigering moeten beperken, maar het, ook op grond van art. 1441, 6° B. W., in verband met art. 794 *b* W. v. B. R., voldoende moeten achten, dat het aanbod niet is aangenomen.

875. Om eene consignatie van waarde te doen zijn, wordt, volgens den aanhef van art. 1442 B. W., geene magtiging van den regter vereischt. Deze bepaling, in art. 1259 C. N. opgenomen tot opheffing van een vroeger bestaand verschil van gevoelen (2), kan in onze wetgeving overbodig worden geacht; te meer omdat die magtiging bij ons wel niet als noodig beschouwd kon worden, wanneer de wet haar niet vorderde. Hoe het zij, zeker is het, dat de schuldenaar onmiddellijk na het vruchteloos gedaan aanbod tot de consignatie kan overgaan. Hij kan vooraf zijn aanbod van waarde doen verklaren, maar heeft dit niet noodig om te kunnen consigneren. Zelfs kan een eisch, door den schuldeischer ingesteld om het aanbod van-onwaarde te doen verklaren, hem dit niet beletten, omdat de wet zijne bevoegdheid hiertoe daarvan niet afhankelijk stelt (3).

876. Art. 1442 B. W. stelt echter andere voorwaarden, om de consignatie van waarde te doen zijn. Hiertoe behoort vooreerst, dat ze zij voorafgegaan van eene aan den schuldeischer beteekende ken-

---

(1) Duranton, XII, n. 210. Over de afgifte der schuldbekentenis verg. hierboven n. 788. Verg. voorts Tiel 14 Junij 1850, *W.* 1141. Volgens Amsterdam 7 Febr. 1854, *W.* 1151, kan men niet voorschrijven, wat in de kwitantie moet worden vermeld. — (2) Verg. Malleville, op art. 1259 C. N., III, bl. 108; Toullier, VII, n. 206; Duranton, XII, n. 219. — (3) Zachariae, I, § 322, bl. 347 en n. 12.

nisgeving, houdende aanwijzing van den dag, het uur en de plaats, waarop de aangebodene zaak in bewaring zal gesteld worden. Deze kennisgeving strekt om den schuldeischer nog tot op het laatst gelegenheid te geven, het aangebodene aan te nemen, waartoe hij, ook blijkens art. 1442, 3°, nog op den aangewezen tijd bevoegd is, en alzoo de consignatie noodeloos te maken. De beteekening dier kennisgeving is gebiedend voorgeschreven; maar terwijl zij bij een afzonderlijk exploit aan den schuldeischer kan geschieden, is dit echter geen vereischte; zij kan ook aanstonds worden opgenomen in het proces-verbaal van aanbod, en door het volgens art. 794 W. v. B. R. daarvan aan den schuldeischer af te geven afschrift ter kennis van dezen worden gebragt (1).

877. In de tweede plaats vordert art. 1442, dat de schuldenaar zich van de aangeboden zaak ontdaan hebbe, door haar in bewaring te stellen ter plaatse, door de wet tot het ontvangen van consignatiën aangewezen, met de interessen tot den dag der bewaarstelling toe. Wat de plaats betreft, door de wet aangewezen, — eene Fransche, hier executoir verklaarde Wet van 28 Nivôse an XIII (2) magtigde in art. 7 de amortisatiekas, die de geregtelijke en administratieve bewaargevingen moest ontvangen, ook tot het aannemen van vrijwillige bewaargevingen. Bij Besluit van 1 November 1818 (Sb. n. 36) werd deze wet bij ons in volle werking gesteld. Maar nadat bij de Wet van 27 December 1840 (Sb. n. 77) het amortisatie-syndicaat is opgeheven, is wel bij eene kennisgeving van den Minister van financiën van 29 Mei 1841, »ter wegneming van den daaromtrent gerezen twijfel, ter kennis van belanghebbenden gebragt, dat, overeenkomstig de wet van den 28 Nivôse, an XIII, alle geregtelijke, administratieve en vrijwillige consignatie van gelden voortdurend op den tot dus verre gebruikelijken voet kan geschieden, en dat alle agenten van de domeinen, mitsgaders de hypotheekbewaarders, op welker kantoren tot hiertoe zoodanige consignatiën plaats vinden, bij voortduur gemagtigd zijn tot het in ontvang nemen dier gelden" (3), en na de opheffing der betrekking van agent van domeinen zijn wel bij art. 4 van een Koninklijk Besluit van 1 December 1843, n. 45, de ontvangers der registratie van de geregtelijke akten in de hoofdplaatsen der arrondissementen, te rekenen van den 1 Januarij 1844 belast met de ontvangsten en uitbetalingen voor de kas der geregtelijke en vrijwillige consignatiën (4), — maar teregt zegt OUDEMAN,

(1) TOULLIER, VII, n. 207; ZACHARIAE, I, § 322, bl. 347 en n. 14; MARCADÉ, IV, n. 735; OUDEMAN, III, bl. 255; 2e uitg. bl. 243; BISDOM, bl. 23. — (2) RONDONNEAU, I, bl. 584, VI, bl. 405; FORTUYN, II, bl. 330. — (3) Staatscourant v. 6 Junij 1841, n. 127. — (4) Dit besluit is aan de ambtenaren door den minister van financiën medegedeeld in eene Circulaire A, afdeeling Domeinen. Verg. daarbij Circ. D, afd. Domeinen.

dat dus eene wet, zoo als art. 1442 bedoelt, thans niet bij ons bestaat (1). Intusschen zal men zich misschien bij gebreke daarvan kunnen rigten naar hetgeen facto bestaat, en zullen de genoemde ontvangers der registratie zeer zeker gehouden zijn om bewaargevingen aan te nemen. Maar daar, om van de ministeriële kennisgeving niet te spreken, ook aan het genoemde Koninklijk Besluit, dat bovendien nooit in het Staatsblad is opgenomen, geene kracht van *wet* kan worden toegekend, zoodat het als zoodanig voor de ingezetenen verbindende zou zijn, schijnt men niet zonder grond te kunnen aannemen, dat in dezen stand van zaken geene wettige consignatie mogelijk is, en dat, zoo de schuldeischer in zijne weigering blijft volharden, de schuldenaar facto verstoken is van het middel, dat de afdeeling, die wij behandelen, hem aan de hand geeft om van zijne verbindtenis bevrijd te worden. Wanneer toch eene consignatie, om van waarde te zijn, moet geschieden ter plaatse door *de wet* aangewezen, dan kan zij niet geldig geschieden op eene andere plaats; maar dan schijnt ook tevens het ontbreken van zoodanige wet geen genoegzamen grond op te leveren om op eene andere manier aan te wijzen, wat juist door de wet aangewezen moet zijn (2).

878. Hoe het zij, volgens de wet moet de schuldenaar zich te dier plaatse ontdoen van de aangebodene zaak. Deze moet dan ook geheel geconsigneerd worden; en dit schijnt ook dan noodig te zijn, wanneer, gelijk wij zagen, dat niet verboden is, meer dan eigenlijk noodig was is aangeboden. Ofschoon men toch op zich zelf niet zonder grond zou kunnen betwijfelen, of eene consignatie, die meer in overeenstemming met de schuld is, niet voldoende geacht mag worden, schijnt echter deze bedenking ontzenuwd te worden door de uitdrukkelijke bepaling, dat de schuldenaar zich zal ontdoen, niet van de verschuldigde, maar van de *aangebodene* zaak (3). De consignatie moet alzoo ook dat alles omvatten, wat overeenkomstig art. 1441, 3° B. W. moest worden aangeboden, en er behoefde hier daarom niet meer van kosten gesproken te worden (4). Maar uitdrukkelijk vordert art. 1442, 2° B. W. de interessen tot den dag der bewaarstelling toe, omdat, gelijk wij zien zullen, de schuldenaar eerst dan bevrijd wordt, en omdat, gelijk wij gezien hebben, bij het aanbod slechts de interessen tot dien tijd in aanmerking konden komen.

879. In de derde plaats vordert art. 1442 B. W., dat er doo den notaris, of door den deurwaarder, wier ministerie dus ook hier

---

(1) OUDEMAN, III, bl. 255; 2e uitg. bl. 243 en v. Verg. VERNEDE, op art. 1440 B. W. — (2) Anders Tiel 14 Junij 1850, *W.* 1141, die de aanwijzing eener andere rijkskas, door de uitvoerende magt gedaan, geoorloofd acht en overeenkomstig den geest der wet van Nivôse. — (3) Verg. ZACHARIAE, I, § 321, bl. 347, n. 15. — (4) Verg. MARCADÉ, IV, n. 735.

weder noodig is, maar die ook hier weder door twee getuigen moeten zijn bijgestaan (1), een proces-verbaal worde opgemaakt, behelzende den aard, d. i. het getal en de soort, der aangebodene muntspeciën, — of wel der aangebodene zaken, daar het juist niet altoos muntspeciën behoeven te wezen, en dan natuurlijk gelijke vermelding noodig moet zijn (2), — zoodat kan blijken van de identiteit met het aangebodene; voorts de ook nu nog volgehouden weigering van den schuldeischer om te ontvangen (3), of dat hij tot die ontvangst niet verschenen is, hetgeen hetzelfde gevolg heeft, en eindelijk het doen der consignatie zelve. De wet spreekt van geene onderteekening; het ligt echter in den aard der zaak, dat het proces-verbaal door den notaris of deurwaarder, en nu ook door de getuigen, alsmede naar het schijnt door den ontvanger der consignatie moet worden onderteekend, gelijk ook, voor zoo ver de weigering van den schuldeischer betreft, door dezen geteekend, of anders zijne weigering vermeld zal moeten worden. Overigens is ook hier door de bepaalde opnoeming van den notaris en den deurwaarder, beter althans dan door art. 1259 C. N. beslist, dat de ontvanger der consignatie het proces-verbaal niet kan opmaken (4).

880. Eindelijk vordert art. 1442, 4° B. W., dat, bijaldien de schuldeischer tot de ontvangst niet verschenen is, het proces-verbaal der consignatie hem beteekend zij, met aanmaning om het in bewaring gebragte te ligten. Dit is ook noodig om de consignatie van waarde te doen zijn, en de schuldenaar zal dus moeten zorgen voor het bewijs van die beteekening. De wet heeft geen termijn bepaald, binnen welken deze zal moeten geschieden (5). Ik geloof, dat dit ook niet noodig was, maar tevens, dat de schuldenaar, — behoudens dat hij geene verdere interessen verschuldigd is dan tot de consignatie (6), iets, dat ook geene hardheid is voor den schuldeischer, omdat deze na de in art. 1442, 1° gevorderde kennisgeving van de bewaargeving niet geheel onkundig is, — eerst de gevolgen der consignatie kan genieten, wanneer die beteekening heeft plaats gehad. Zonder deze is de consignatie niet van waarde; met haar wordt deze eerst van waarde, want het is noodig, dat het proces-verbaal beteekend *zij*, en nu zal het wel zeker zijn, dat de consignatie niet eerder kan werken, dan zij van waarde is (7). Het belang des schuldenaars brengt dus mede, dat de beteekening ten spoedigste geschiede.

---

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 117 en v. — (2) Verg. echter hierover MARCADÉ, IV, n. 728 en v., 745. — (3) Het is niet de weigering bij het aanbod, die hier bedoeld wordt; verg. MARCADÉ, IV, n. 739. — (4) Verg. TOULLIER, VII, n. 210; ZACHARIAE, I, § 322, bl. 348, n. 1; MARCADÉ, IV, n. 735. — (5) OUDEMAN, III, bl. 256; 2e uitg. bl. 244. — (6) Verg. DURANTON, VII, n. 225. — (7) SCHÜLLER, op art. 1441 B. W.

Dan is de consignatie voltooid, en hare werking van geen verderen termijn afhankelijk gesteld.

881. De wet schrijft ook hier geene vanwaarde-verklaring voor; en art. 796 W. v. B. R. spreekt wel van een' eisch tot vanwaarde-verklaring der gedane aanbiedingen of der bewaargeving, maar vordert dien niet. De schuldenaar is dus daartoe bevoegd, gelijk ook de schuldeischer tot een' eisch tot nietig-verklaring, waarvan daar almede gesproken wordt, maar er niet toe verpligt. Het kan nuttig zijn voor de partijen door eene dadelijke beslissing alle onzekerheid omtrent de geldigheid der consignatie op te heffen; deze oefent echter, zoo zij overeenkomstig de wet geschied, en dus van waarde is, ook zonder vanwaarde-verklaring hare werking uit (1).

882. Bij de bepalingen van art. 1441 en 1442 B. W. heeft de wetgever vooral het oog gehad op het aanbod en de consignatie van geldsommen. Art. 1441, 3° spreekt van de geheele opeischbare som; art. 1442, 3° van den aard der aangebodene muntspeciën. Dit belet echter hare toepassing niet op andere zaken, met uitzondering van de zoodanige, op welke art. 1448 B. W. toepasselijk is. De omstandigheid zelve, dat omtrent deze zaken eene afzonderlijke bepaling is gemaakt, bevestigt het, dat voor andere, die ten aanzien van betaling en levering meer met geldsommen gelijk staan, en naar haren aard voor zoodanig aanbod en voor de inbewaring-stelling ter door de wet aangewezen plaatse vatbaar zijn, de genoemde bepalingen gelden moeten, gelijk in art. 1442, 1° en 2° dan ook in meer algemeene termen van de aangebodene zaak gesproken wordt.

883. Indien het verschuldigde bestaat in eene zekere zaak, welke geleverd moet worden op de plaats, waar zij zich bevindt, moet, volgens art. 1448 B. W., de schuldenaar den schuldeischer geregtelijk doen aanmanen om haar tot zich te nemen, bij eene akte, welke aan zijn' persoon of woonplaats, of aan de woonplaats, die tot de volbrenging der overeenkomst gekozen is, moet beteekend worden. Indien deze aanmaning gedaan is, en de schuldeischer de zaak niet tot zich neemt, kan de schuldenaar van den regter verlof bekomen om haar op eene andere plaats in bewaring te stellen (2), zonder dat het daartoe noodig is, gelijk art. 1264 C. N. vorderde, dat de schuldenaar de plaats, waar de verschuldigde zaak zich bevindt, tot zijn gebruik noodig moet hebben; onze wetgever toch vond voor die beperking geene reden (3).

---

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 227; DE PINTO, *Handl. t. h. W. v. B. R.*, II, § 540, bl. 820 en v. Verg. echter OUDEMAN, III, bl. 257; 2e uitg. bl. 245. — (2) Volgens arr. Utrecht 2 Mei 1856, *W.* 1755, neemt dit de bevoegdheid niet weg, om volgens handelsgebruik de goederen onder bewaring van een' derde te stellen. — (3) ASSER, § 729.

884. Hier neemt de geregtelijke aanmaning de plaats van het aanbod in, en geschiedt de inbewaring-stelling eensdeels niet op de plaats bij de wet bepaald, en anderendeels niet zonder regterlijk verlof, terwijl bij het verlof dan tevens de plaats moet worden aangewezen, waar de zaak in bewaring gesteld zal worden (1). Beide afwijkingen waren hier noodig. Men kan voorts met grond aannemen, dat de schuldenaar die regterlijke beschikking aan den schuldeischer moet beteekenen, om hem althans met de voorgenomene verplaatsing, en met de plaats, waar de zaak gebragt zal worden, bekend te maken; terwijl het voorzeker gepast zou wezen, zoo, in overeenstemming met art. 1442, 1° B. W., ook de dag en het uur werden aangewezen, waarop de zaak daar in bewaring gesteld zal worden. Gevorderd is zulks echter niet in de wet, gelijk ook niet het opmaken van een proces-verbaal, wat echter ongetwijfeld ook hier noodig is (2).

885. Indien het eene zekere zaak betreft, die op eene bepaalde andere plaats geleverd moet worden dan waar zij zich bevindt, moet zij eerst derwaarts ten koste van den schuldenaar worden vervoerd, overeenkomstig art. 1431 B. W., en kan dan de bepaling van art. 1448 gevolgd worden. Men schijnt voorts niet bepaaldelijk te moeten drukken op de uitdrukking *zekere* zaak; de strekking der bepaling schijnt meer te zijn om te voorzien in het geval, dat eene zaak op zekere bepaalde plaats, waar zij zich bevindt of werwaarts zij gebragt kan worden, moet worden geleverd; zoodat men haar ook zal mogen opvolgen, waar het eene zekere hoeveelheid van zaken geldt, die slechts ten aanzien der soort bepaald zijn. Ook voor andere zaken, die voor geene gewone consignatie vatbaar zijn, b. v. paarden, schijnt men zijne toevlugt te kunnen nemen tot eene analogische toepassing van art. 1448 B. W. (3).

886. Ten aanzien van onroerende zaken bepaalt de wet niets (4). De levering van den eigendom kan echter zonder medewerking van den schuldeischer door den schuldenaar geschieden, en wat de levering in het bezit van den kooper betreft, zoo komt het mij voor, dat, waar deze weigert daartoe mede te werken, de verkooper volstaan kan met eene aanmaning om de zaak over te nemen, en met haar alzoo ter beschikking van den kooper te stellen.

§ 6.

Van de werking van het aanbod van gereede betaling en de daarop gevolgde bewaargeving.

887. Wij spreken van de werking dier beide handelingen teza-

(1) ZACHARIAE, I, § 322, bl. 348, n. 3. — (2) TOULLIER, VII, n. 212; DURANTON, VII, n. 220. — (3) Verg. ook TOULLIER, VII, n. 212; DURANTON, XII, n. 221; ZACHARIAE, I, § 322, bl. 348, 4°; MARCADÉ, IV, n. 742 en v. — (4) DABELOW, § 1091, II, bl. 337 en v.

men, omdat zij, gelijk wij reeds aanmerkten, slechts vereenigd een middel zijn om verbindtenissen te doen te niet gaan, als hoedanig zij hier beschouwd worden. De bewaargeving op zich zelve, zonder voorafgaand aanbod, is niets, en heeft geenerlei gevolg in regten; art. 1442 B. W. wijst dan ook voldoende aan, dat de zaak, die in bewaring gesteld zal worden, aangeboden moet zijn. Aan den anderen kant ontslaat ook het aanbod op zich zelf, en zonder door bewaargeving achtervolgd te zijn, den schuldenaar niet van zijne verpligtingen. Maar het aanbod, gevolgd van bewaargeving, bevrijdt, volgens art. 1440 *b* B. W., den schuldenaar, en strekt te zijnen opzigte tot betaling, mits het op eene wettige wijze gedaan zij, terwijl het alzoo in bewaring gebragte voor rekening van den schuldeischer blijft.

888. Er zijn, die beweren, dat eigenlijk het aanbod den schuldenaar bevrijdt, mits het gevolgd worde door de bewaargeving, die dus in zoo verre eene terugwerkende kracht zou uitoefenen (1). De verpligting om, volgens art. 1442, 2° B. W., interessen te betalen tot den dag der consignatie, beschouwen zij dan ook als eene tegenstrijdigheid, die slechts door redenen van billijkheid geregtvaardigd wordt. Wij vinden juist in die bepaling een gewigtigen grond tegen het voorgesteld gevoelen, en meenen met regt te mogen vragen, welke redenen er zouden kunnen worden aangevoerd, genoegzaam afdoende om eene verpligting tot betaling van interessen vast te stellen voor een reeds bevrijden schuldenaar, wiens onwilligen schuldeischer men daardoor slechts te meer in zijnen onwil zou doen volharden? Men zou zelfs kunnen vragen, waartoe de schuldenaar nog moet consigneren, zoo het aanbod hem reeds bevrijdt, daar toch de consignatie niet wordt opgenoemd onder de vereischten om het aanbod van waarde te doen zijn, en voor den reeds bevrijden schuldenaar zoodanige verpligting dus vreemd geacht zou kunnen worden. Hiertegen mogt dan ook wel een krachtiger grond worden aangevoerd, dan dien men meent te vinden in de woorden van art. 1440 *b* B. W.: „aanbod, gevolgd door bewaargeving," waarbij TOULLIER vooral doet opmerken, dat er niet staat: bewaargeving voorafgegaan door aanbod. Ons komt het vrij onverschillig voor, of de eene of de andere uitdrukking gebezigd is; in ieder geval toch wordt zoowel de bewaargeving door het aanbod voorafgegaan, als het aanbod door de bewaargeving gevolgd; — alleen schijnt het meer natuurlijk, dat hetgeen voorafgaat, genoemd wordt vóór hetgeen volgt, en daarmede achten wij de gebezigde uitdrukking genoegzaam verdedigd. Zooveel volgt er althans uit, dat het aanbod gevolgd moet worden door be-

(1) TOULLIER, VII, n. 225 en v.; DE PINTO, II, § 766, bl. 393 en v.; 3e uitg. § 826, bl. 495.

waargeving, zoo de schuldenaar bevrijd zal zijn, en dat alzoo zonder, en dus ook vóór de bewaargeving geene bevrijding kan worden aangenomen. En op welken grond zou men nu eene terugwerkende kracht daaraan toekennen? De wet spreekt niet alleen daarvan niet, maar weerlegt die bewering veelmeer door de bepaling omtrent de interessen, die ook in art. 1803 *b* B. W. wordt herhaald. En zoo wordt ook in art. 1444, 1445 en 1447 B. W. telkens van het *in bewaring gestelde*, niet van het aangebodene gesproken (1).

889. Uit het gezegde laat zich dan ook gereedelijk verklaren, waarom er geen termijn is vastgesteld, binnen welken de consignatie op het aanbod volgen moet (2); dat wel dienstig ware geweest, zoo het laatste uit de eerste zijne kracht moest ontleenen, maar niet noodig was, nu eerst de bewaargeving, gevolgd op het aanbod, eene bevrijding bewerkt, doch waartoe de schuldenaar wel bevoegd, maar niet verpligt is.

890. Het eenige gevolg, dat men aan het aanbod op zich zelf kan toekennen, schijnt daarin te bestaan, dat de schuldenaar niet door het enkel verloop van den bepaalden termijn in gebreke zal zijn, wanneer hij dit anders uit kracht der verbindtenis wezen zou. De schuldeischer zelf heeft toch hier, zoo het aanbod deugdelijk was, de voldoening door zijne weigering onmogelijk gemaakt, en er bestaat dus geen verzuim aan zijde van den schuldenaar (3). Maar ten onregte, naar het ons voorkomt, heeft men beweerd, dat hij niet meer in gebreke kan worden gesteld. Deze meening staat met die omtrent de bevrijding door het aanbod in verband. Is de schuldenaar bevrijd, zoo is geene ingebreke-stelling meer denkbaar; maar zoolang hij niet bevrijd is, moet hij ook in gebreke gesteld kunnen worden. Een vruchteloos aanbod op den vervaldag of daarna, dat den schuldenaar in het genot laat van het aangebodene en hem tot geene consignatie verpligt, kan hem niet voor altoos tegen eene latere ingebreke-stelling waarborgen, en nergens is eene bepaling te vinden, die den schuldeischer op dien grond in zijne bevoegdheid beperkt (4).

891. Zoo de schuldenaar rèeds in gebreke is of gesteld is, houdt het gevolg daarvan zelfs niet op door het aanbod, 'twelk hem niet

---

(1) Verg. DURANTON, XII, n. 218, 222, 225; MALLEVILLE, III, bl. 105; CARRÉ, *Les lois de la Proc. Civ.*, quest. 2792, III, bl. 120 en v.; MARCADÉ, IV, n. 731; SCHÜLLER, op art. 1442 B. W.; *Regtsg. Adv.*, III, bl. 108—110; BISDOM, bl. 24—30; Maastricht 24 Aug. 1849, *W.* 1116; arr. Utrecht 29 Nov. 1850, *N. R. B.*, I; bl. 376 en v.; Amsterdam 20 Febr. 1855, *W.* 1628. — (2) DE PINTO, II, § 766, bl. 394; 3e uitg. § 826, bl. 495 en v. Verg. TOULLIER, VII, n. 233; BISDOM, bl. 37 en v. — (3) ZACHARIAE, I, § 322, bl. 348, n. 5. Verg. hierboven n. 86. — (4) ZACHARIAE, t. a. p. Anders TOULLIER, VII, n. 220; DE PINTO, II, § 766, bl. 393 en v.; 3e uitg. § 826, bl. 495.

bevrijdt. De zaak blijft dan ook voor rekening van den schuldenaar, gelijk ook bij tegenstelling blijkt uit de slotwoorden van art. 1440 *b* B. W., volgens welke eerst het in bewaring gebragte voor rekening van den schuldeischer blijft. Men zal toch wel het tegendeel niet daaruit mogen afleiden, dat de wet spreekt van *blijven* voor rekening van den schuldeischer; immers, zoo hierop bepaaldelijk gedrukt moest worden, zou, geloof ik, die geheele bepaling doel en beteekenis missen. Eveneens blijven de gevolgen van bedongen straf bepalingen en de interessen ten laste van den schuldenaar loopen. Art. 1442, 2° vordert deze tot den dag der bewaarstelling, en dit geldt niet alleen voor de bedongene interessen, ten aanzien van welke het ook in art. 1803 *b* B. W. is uitgedrukt, maar evenzeer voor die, welke verschuldigd zijn door den nalatigen schuldenaar als zoodanig; de ratio legis toch is dezelfde, de wet onderscheidt niet, en behelst ook elders geene bepaling, waarin het ophouden dezer interessen met het aanbod zou gegrond zijn (1).

892. Het aanbod, gevolgd door bewaargeving, bevrijdt den schuldenaar en strekt te zijnen opzigte tot betaling; hij wordt dus daardoor ontheven van de verpligtingen, die de schuld op hem legde. Het is echter geene werkelijke betaling, en de eigendom van het geconsigneerde gaat door de bewaargeving niet op den schuldeischer over, maar blijft den schuldenaar toebehooren, althans zoolang de schuldeischer het niet heeft aangenomen en er geen vonnis bestaat, waarbij het aanbod goed en van waarde is verklaard; welk vonnis dan als het ware de plaats vervangt eener aanneming door den schuldeischer. Door de enkele daad toch van den schuldenaar gaat de eigendom niet op den schuldeischer over, en aan den ontvanger der consignatie heeft hij den eigendom zeker niet opgedragen (2).

893. Om die reden was dan ook de slotbepaling van art. 1440 *b* B. W. noodig, dat het alzoo in bewaring gebragte voor rekening van den schuldeischer blijft. Zoo er werkelijke betaling plaats had, kon zoodanige bepaling niet te pas komen. Wanneer nu het verschuldigde in eene zekere en bepaalde zaak bestaat, die sedert het ontstaan der verbindtenis voor rekening van den schuldeischer is, en de schuldenaar niet in gebreke was, zoo blijft de zaak natuurlijk verder

---

(1) Verg. DURANTON, XII, n. 223; ZACHARIAE, I, § 322, bl. 348, n. 6—9. Anders TOULLIER, VII, n. 221 en v., 231; DE PINTO, t. a. p. — Om dezelfde reden zou ik dan ook zwarigheid maken om aan te nemen, dat een aanbod van gereede betaling, niet opgevolgd van consignatie, de geregtelijke tenuitvoerlegging van een vonnis stuiten zou; *Opm. en Med.*, I, bl. 16—23; verg. Groningen 29 Oct. 1844, *R. B.*, VII, bl. 344—347. Het wordt ook ontkend door Amsterdam 28 Jan. 1852, *N. R. B.*, II, bl. 295 en v. —
(2) Verg. POTHIER, n. 573; DURANTON, XII, n. 229; ZACHARIAE, I, § 322, bl. 349; MARCADÉ, IV, n. 732.

voor rekening van genen; maar ook zoo zij vroeger voor rekening van den schuldenaar was, komt zij door de consignatie — en blijft zij ook vervolgens — voor rekening van den schuldeischer.

894. Als een gevolg daarvan, dat het geene eigenlijke betaling is, mag mede worden aangenomen, dat de overige schuldeischers van den schuldenaar ook op de geconsigneerde zaak, zoolang de schuldeischer haar niet heeft aangenomen en er geen vonnis bestaat, hun regt behouden en daarop beslag kunnen leggen, met het gewone daaraan verbonden gevolg; en dat, zoo inmiddels de schuldenaar verklaard werd in staat van faillissement of kennelijk onvermogen te zijn, ook het geconsigneerde tot den boedel zou behooren, en de schuldeischer, aan wien het was aangeboden, daartoe slechts met de andere schuldeischers zou geregtigd zijn (1).

895. Een ander gevolg daarvan is, dat, volgens art. 1444 B W., zoolang het in bewaring gebragte niet door den schuldeischer is aangenomen, de schuldenaar het kan terugnemen, waardoor natuurlijk ook de gevolgen der bewaargeving ophouden. Deze bevoegdheid verliest hij ook door geen enkel verloop van tijd, bepaaldelijk ook niet door het verloopen van een jaar, waarvan in art. 1446 gesproken wordt (2). De bewaarder is alzoo in den regel, en wanneer hem zulks niet door een gelegd beslag belet wordt, verpligt het geconsigneerde terug te geven, gelijk ook bepaaldelijk is erkend bij het hier te lande executoir verklaarde Advies van den Franschen Staatsraad van 16 Mei 1810 (3). Dit houdt echter op, wanneer de schuldeischer heeft aangenomen, en tevens, wanneer de schuldenaar zelf een vonnis heeft verkregen, hetwelk in kracht van gewijsde is gegaan, waarbij zijn gedaan aanbod goed en van waarde is verklaard, gelijk blijkt uit art. 1445 B. W.; of ook wanneer bij zoodanig vonnis een eisch tot nietigverklaring, door den schuldeischer ingesteld, is verworpen, als waaraan hetzelfde gevolg moet worden toegekend (4).

896. Tot zoo lang zijn dan ook de medeschuldenaren en borgen niet van hunne verbindtenis ontslagen. Art. 1440 *b* B. W. zegt ook, dat het aanbod, gevolgd van bewaargeving, tot betaling strekt ten opzigte van den schuldenaar. En nu ligt het wel in den aard der zaak, dat, voor zoo ver deze als door betaling bevrijd is, ook zijne hoofdelijke medeschuldenaren en borgen zich daarop kunnen beroepen en dus niet tot betaling kunnen worden genoodzaakt. Maar wanneer de schuldenaar het in bewaring gestelde terugneemt, zijn de mede-

---

(1) Verg. DURANTON, XII, n. 237—240. — (2) SCHÜLLER, op art. 1446 B. W. — (3) Zie RONDONNEAU, I, bl. 508; FORTUYN, III, bl. 147 en v. Verg. TOULLIER, VII, n. 234; DURANTON, XII, n. 231; ZACHARIAE, I, § 322, bl. 349. — (4) DURANTON, XII, n. 235; ZACHARIAE, I, § 322, bl. 349, n. 9.

schuldenaren en de borgen niet bevrijd; art. 1444 B. W. Zij zijn dan in denzelfden toestand, waarin zij vóór het aanbod en de consignatie waren; de schuld is door die consignatie, zoo zij weder te niet is gedaan, niet gedelgd, en die tenietdoening hing niet van hunnen wil af, daar de consignatie zelve eene hun vreemde daad was, waaruit zij geen regt kunnen ontleenen (1).

897. Hiermede stemt wel niet overeen de bepaling van art. 1446 B. W., maar onze wetgever is hier uitdrukkelijk van het strenge regt afgeweken, en erkende door die afwijking tevens de anders geldende beginselen. De medeschuldenaren en borgen zijn namelijk bevrijd, indien de schuldeischer, na den dag van de beteekening der consignatie, een jaar heeft laten voorbijgaan, zonder hare bestaanbaarheid te betwisten. Men schijnt begrepen te hebben, dat het stilzitten van den schuldenaar gedurende zulk een ruim tijdvak het vermoeden aannemelijk maakt, dat hij in het aanbod genoegen heeft genomen, dat men hem althans na dat tijdsverloop zijne aanspraak tegen de medeschuldenaren en borgen wel mogt ontzeggen. Al neemt de schuldenaar dus ook later het geconsigneerde terug, of al wordt het aanbod en de consignatie van onwaarde verklaard — want de wet spreekt algemeen —, zoo schaadt dit hun niet meer (2).

898. Zij zijn dan *insgelijks* bevrijd, zegt art. 1446 B. W. Uit art. 1444 B. W. blijkt namelijk, dat, zoodra het in bewaring gebragte door den schuldeischer is aangenomen, de schuldenaar het niet meer te hunnen nadeele kan terugnemen. Hetzelfde is het geval, wanneer het aanbod bij een vonnis, dat in kracht van gewijsde is gegaan, van waarde verklaard is; art. 1445 B. W. (3).

899. Hetgeen hier van de borgen en medeschuldenaren gezegd is, geldt in het algemeen ook van hypotheken, ten aanzien waarvan dezelfde ratio legis bestaat (4). Ook de hypotheek is niet vernietigd door de enkele op het aanbod gevolgde consignatie. Alleen zal men de bepaling van art. 1446, die als afwijking van de algemeene beginselen naauw moet worden uitgelegd, op de hypotheken niet mogen toepassen.

900. Met de toestemming van den schuldeischer kan de schuldenaar natuurlijk, en gelijk art. 1447 B. W. vooronderstelt, ook na

---

(1) Verg. POTHIER, n. 580; MALLEVILLE, op art. 1261 en v. C. N., III, bl. 109 en v.; DURANTON, XII, n. 232; MARCADÉ, IV, n. 741; DE PINTO, II, § 770, bl. 396; 3e uitg. § 830, bl. 498; SCHÜLLER, op art. 1444 B. W. — (2) ASSER, § 727; DE PINTO, II, § 766, bl. 394; 3e uitg. § 726, bl. 496; SCHÜLLER, op art. 1446 B. W. — (3) DE PINTO, II, § 770, bl. 396 en v.; 3e uitg. § 830, bl. 498; SCHÜLLER, op art. 1445 B. W.; TOULLIER, VII, n. 234; ZACHARIAE, I, § 322, bl. 349 en n. 12. — (4) Verg. DURANTON, XII, n. 230, 233; ZACHARIAE, I, § 322, bl. 349, n. 8.

eene verklaring van den eerstgenoemde, dat hij in het geconsigneerde genoegen neemt of nadat de consignatie bij een regterlijk vonnis, 'twelk kracht van gewijsde bekomen heeft, van waarde verklaard is, het in bewaring gebragte terugnemen. In dat geval kan echter, volgens art. 1447, de schuldeischer, om betaling van zijne schuld te bekomen, niet meer gebruik maken van de voorregten of hypotheken, welke daaraan verknocht waren. In dit geval toch was de schuld vernietigd en daarmede ook de voorregten en hypotheken. Er ontstond nu eene geheel nieuwe schuld, waarop de te niet gegane hypotheken en voorregten niet konden worden overgebragt, en waaraan men wel ook eene hypotheek verbinden kon, maar slechts om te werken van den tijd harer inschrijving, gelijk hieromtrent eene uitdrukkelijke bepaling voorkomt in art. 1263 C. N. (1).

901. De onkosten, gevallen op het aanbod van gereede betaling en op de consignatie, zijn, volgens art. 1443 B. W., indien ze wettiglijk zijn geschied, voor rekening van den schuldeischer. De wetgever schijnt hier het geval te bedoelen, dat aanbod en bewaargeving, zoo als zij in het algemeen in deze afdeeling vereenigd worden verondersteld, beide hebben plaats gehad, en dus de consignatie door de weigering van het aanbod noodig is geworden. Dit neemt echter niet weg, dat, wanneer het aanbod van gereede betaling het gevolg was eener voorafgaande weigering van den schuldeischer, waarna de schuldenaar gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid, hem in art. 1440 *a* B. W. gegeven, het alsdan niet alleen in den aard der zaak ligt, maar ook uit art. 1443 volgt, dat de schuldeischer de kosten moet dragen, die hij veroorzaakt heeft. Zoo intusschen de schuldenaar het aanbod heeft gedaan zonder voorafgaande weigering van den schuldeischer, en deze dat aanbod aanneemt, zullen de aangewende onkosten niet te zijnen laste gebragt, maar veeleer beschouwd moeten worden als kosten, gevallen op de betaling, ten gevolge van de wijze, waarop deze door den schuldenaar is bewerkstelligd (2).

902. Art. 1443 heeft eene algemeene strekking, en ziet ook op het geval van art. 1448 B. W. De verplaatsing der zaak naar de door den regter bepaalde plaats en hare bewaring aldaar geschiedt dus ook ten koste van den schuldeischer (3); de aanmaning, zoo zij althans een gevolg is van vroegere weigering, eveneens.

---

(1) ASSER, § 728; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1447 B. W.; DURANTON, XII, n. 234. — (2) Verg. MALLEVILLE, op art. 1260 C. N., III, bl. 108 en v.; TOULLIER, VII, n. 219; DURANTON, XII, n. 224; DABELOW, § 1090, II, bl. 336, IV; MARCADÉ, IV, n. 738; OUDEMAN, III, bl. 253; 2e uitg. bl. 241 en v.; BISDOM, bl. 33 en v. — (3) DURANTON, XII, n. 220. Verg. MARCADÉ, IV, n. 739.

903. Intusschen wordt door art. 1443 niet gederogeerd aan art. 1431 B. W. Het eerste spreekt ook bepaaldelijk van de kosten op het aanbod en op de consignatie gevallen. De gewone op de betaling vallende kosten, die der overbrenging van het verschuldigde naar de plaats, waar de schuldeischer woont, de kosten der kwijting enz., blijven dus voor rekening van den schuldenaar en moeten niet onder de andere kosten begrepen worden (1).

AFDEELING III.

Van schuldvernieuwing.

§ 7.

Van schuldvernieuwing in het algemeen.

904. Schuldvernieuwing kan men bepalen als de vernietiging eener verbindtenis doordien eene andere in hare plaats wordt gesteld (2). Zij wordt, volgens art. 1449 B. W., „op driederlei wijze te weeg gebragt:

1°. Wanneer een schuldenaar ten behoeve van zijnen schuldeischer eene nieuwe schuldverbindtenis aangaat, welke in de plaats gesteld wordt van de oude, die daardoor vernietigd wordt;

2°. Wanneer een nieuwe schuldenaar wordt gesteld in de plaats van den vorigen, die door den schuldeischer van zijne verbindtenis ontslagen wordt;

3°. Wanneer, ten gevolge eener nieuwe overeenkomst, een nieuwe schuldeischer gesteld wordt in de plaats van den vorigen, te wiens opzigte de schuldenaar van zijne verbindtenis ontslagen wordt." Zij geschiedt alzoo door verandering van schuld, door verandering van schuldenaar, of door verandering van schuldeischer. Zij wordt ook wel onderscheiden in eene objectieve, op de eerste der drie genoemde wijzen aangegaan, en in eene subjectieve, waartoe de beide andere wijzen behooren (3). Voor het overige merken wij nog op, dat ook meer dan ééne wijze van schuldvernieuwing vereenigd kunnen werken (4).

---

(1) Duranton, XII, n. 226; de pinto, II, § 769, bl. 396; 3e uitg. § 829, bl. 498. — (2) Verg. de pinto, II, § 772, bl. 397; 3e uitg. § 832, l. 499; h. d. g. h. imminck, *Over schuldvernieuwing*, in *N. Jaarb. v. R. en W.*, V, bl. 254. — (3) Zachariae, I, § 323, bl. 350. — (4) Verg. marcadé, IV, n. 748.

905. De schuldvernieuwing, die bij overeenkomst moet geschieden, omvat alzoo de vernietiging eener oude en het aangaan eener nieuwe verbindtenis. Daarbij moeten dus althans twee verbindtenissen onderscheiden worden, eene oude en eene nieuwe. Hoe lang of kort gene aan deze voorafgaat, is onverschillig, al is het nog zoo kort. De eene moet echter aan de andere werkelijk voorafgaan; en zoo dus bij eene overeenkomst, b. v. van koop, aanstonds bepaald werd, dat een derde, die zich daartoe verbindt, den prijs zal betalen voor hetgeen des koopers eigendom zal worden, zoo moge dit, wat de gevolgen betreft, veel van eene schuldvernieuwing hebben, er bestaat echter eigenlijk geene schuldvernieuwing, omdat hier slechts eene enkele overeenkomst, eene enkele verbindtenis bestaat; daar hij, wien het goed zal geleverd worden, nooit verbonden is geweest tot betaling van den prijs, maar die verpligting aanstonds ten laste van den derde geboren is. Wanneer er daarentegen, al is het ook slechts voor een oogenblik, eene verbindtenis tusschen kooper en verkooper heeft bestaan, dan bestaat er schuldvernieuwing, ook wanneer bij de akte van koop en verkoop zelve een derde als schuldenaar wordt aangenomen en de kooper als zoodanig ontslagen (1).

906. De twee verbindtenissen, die bij elke schuldvernieuwing moeten onderscheiden worden, staan met elkander in naauw verband. Het bestaan toch der eerste is voor de laatste eene noodzakelijke voorwaarde; daar anders geene vernietiging van gene door het aangaan van deze denkbaar is, en de overeenkomst, waaruit deze met vernietiging der andere moet ontstaan, zonder oorzaak zou zijn (2). Aan den anderen kant is het geldig bestaan der laatste tevens eene noodzakelijke voorwaarde voor de vernietiging der eerste; omdat die vernietiging, waar zij het gevolg eener nieuwe verbindtenis zijn moet, niet kan plaats hebben, waar deze niet werkelijk bestaat, maar b. v. wegens onbekwaamheid of gebrekkige toestemming wordt vernietigd (3). Wanneer de oude verbindtenis nietig was of niet meer bestond, kan wel, bij wijze van dading of anderszins, eene nieuwe worden aangegaan, die tusschen hen die haar aangaan volkomen van kracht is (4), maar er kan eigenlijk geen sprake zijn van schuldvernieuwing. Dat echter de nieuwe verbindtenis, uit welken hoofde dan ook, te niet gaat, kan de schuldvernieuwing niet opheffen, die eens ten gevolge eener geldige overeenkomst heeft plaats gehad (5).

---

(1) Verg. POTHIER, n. 588; DURANTON, XII, n. 303; G. G. ALEWIJN, *De novatione* (Utrecht 1835), bl. 28. Zie ook Brielle 21 Junij 1850, *W.* 1154. — (2) Verg. MARCADÉ, IV, n. 763. — (3) Verg. vooral MARCADÉ, IV, n. 750, 754; voorts TOULLIER, VII, n. 271, 298 en v.; DURANTON, XII, n. 275; DE PINTO, t. a. p.; OPZOOMER, III, bl. 77 en v. Zie echter ZACHARIAE, I, § 322, bl. 352 en n. 9. — (4) Verg. ook MARCADÉ, IV, n. 759 en v. — (5) TOULLIER, VII, n. 300 en v.

907. Alle verbindtenissen zijn voor schuldvernieuwing vatbaar, om het even waaruit ze zijn voortgesproten en van welken aard ze zijn (1). Maar zij moeten werkelijke verbindtenissen zijn; natuurlijke kunnen hierbij niet in aanmerking komen (2). Ook voorwaardelijke verbindtenissen zijn daarvoor vatbaar, zonder dat het noodig is, dat juist eene voorwaardelijke in hare plaats worde gesteld; en er wordt mijns inziens ten onregte beweerd, dat in dit geval de schuldvernieuwing zal afhangen van de vervulling der voorwaarde (3). Wel kan men ook de nieuwe verbindtenis van dezelfde of van eene andere voorwaarde laten afhangen; maar dit neemt niet weg, dat er werkelijk schuldvernieuwing heeft plaats gehad, waardoor de eene voorwaardelijke verbindtenis in de plaats der andere is gekomen. En niets belet ook in de plaats eener voorwaardelijke eene zuivere verbindtenis aan te gaan, die dan ook aanstonds als zoodanig werken kan. Ook eene voorwaardelijke verbindtenis toch is eene verbindtenis, en behoeft dit niet eerst te worden door de vervulling der voorwaarde; en de wet spreekt algemeen. Op gelijke wijze kan ook bij schuldvernieuwing eene voorwaardelijke verbindtenis in de plaats eener zuivere komen, en is daarmede de oude schuld vernietigd, onverschillig of de voorwaarde vervuld wordt of niet (4). Iets anders is het natuurlijk, waar de schuldvernieuwing zelve voorwaardelijk geschiedt, en dus de vernietiging eener verbindtenis door eene andere van de vervulling eener voorwaarde afhankelijk wordt gesteld (5).

908. Het verdient voorts opmerking, dat art. 1449 B. W. telkens uitdrukkelijk spreekt van de vernietiging der oude schuldverbindtenis, van het ontslag van den ouden schuldenaar, of van zijn ontslag ten opzigte van den vorigen schuldeischer (6). Schuldvernieuwing toch is eene der wijzen, waarop verbindtenissen te niet gaan; dat ontslag of te niet gaan eener verbindtenis behoort alzoo tot haar wezen, en zoo is dan ook de delegatie of overzetting, waarvan art. 1453 B. W. spreekt, op zich zelve nog geene schuldvernieuwing.

909. Met de oude verbindtenis gaat natuurlijk ook alles te niet, wat daartoe behoort (7). Dit geldt van de verpligting tot betaling van interessen, die zij medebragt; dit geldt van de omstandigheid,

---

(1) POTHIER, n. 589; TOULLIER, VII, n. 292; DURANTON, XII, n. 293; ALEWIJN, bl. 26 en v. — (2) Verg. hierboven n. 38. — (3) Zie echter POTHIER, n. 585; DURANTON, XII, n. 296 en v.; ZACHARIAE, I, § 323, bl. 350. Verg. ALEWIJN, bl. 27 en v. — (4) MARCADÉ, IV, n. 755 en v. Verg. echter POTHIER, n. 486; DURANTON, XII, n. 298 en v. — (5) Verg. MARCADÉ, IV, n. 784 en v. Zie ook OPZOOMER, III, bl. 78 en v. — (6) MALLEVILLE, op art. 1271 C. N., III, bl. 114. — (7) TOULLIER, VII, n. 297; MALLEVILLE, op art. 1278 C. N., III, bl. 117; MARCADÉ, IV, n. 777.

dat de schuldenaar in gebreke was; dit geldt van een beding van straf, van den lijfsdwang, waartoe de oude verbindtenis aanleiding gaf, van de daaraan verbonden voorregten, borgtogt, pand of hypotheek. Vanhier de bepaling in art. 1457 B. W., dat de voorregten en hypotheken, aan de oude schuldvordering verbonden, niet overgaan tot die, welke in hare plaats is gesteld, — tot de nieuwe schuld, waaraan zij niet verbonden waren. Die bepaling is dan ook algemeen, en geldt voor elke soort van schuldvernieuwing (1). Zij bepaalt echter alleen hare werking van regtswege, maar belet niet, dat hare werking door partijen anders kan geregeld worden.

910. Art. 1457 B. W. toch zegt, dat de voorregten en hypotheken niet overgaan, »ten ware de schuldeischer zich zulks uitdrukkelijk mogt hebben voorbehouden," en, gelijk men er mag bijvoegen, de schuldvernieuwing onder dat beding is tot stand gekomen. DURANTON merkt aan, dat de oorspronkelijke schuld niet geheel en al vernietigd is; dat zij wel geene regtsvordering meer geeft, maar toch nog bestaat als oorzaak der nieuwe schuld, en daarom tot grondslag kan verstrekken der oorspronkelijke en voor de nieuwe verbindtenis voorbehoudene voorregten en hypotheken; doch dit schijnt met het wezen der schuldvernieuwing te strijden. Maar daar de vernietiging der oorspronkelijke schuld met het bestaan der nieuwe in het naauwste verband staat, zoodat gene als het ware door deze wordt vertegenwoordigd, en niemand er nadeel bij kan hebben, dat de voorregten en hypotheken, die toch aan de oude schuld verbonden waren, op de nieuwe overgaan, daarom kon de wetgever zoodanig beding veilig erkennen, wanneer daarvan de schuldvernieuwing afhankelijk wordt gesteld (2). Daar hier alleen van voortduring, niet van het verleenen en vestigen van hypotheek sprake is, komen ook de formaliteiten niet te pas, die hiervoor in de wet zijn voorgeschreven (3).

911. Het verdient voorts opmerking, dat, terwijl aldus de voorregten en hypotheken van de oude op de nieuwe overgaan, zij daardoor niet ten nadeele van derden in omvang kunnen toenemen, maar geheel dezelfde blijven (4). De hypotheken behouden natuurlijk tot zekerheid der nieuwe schuld denzelfden rang, dien zij hadden tot zekerheid der oude. Hetzelfde geldt ten aanzien der voorregten. Ofschoon toch, ook bij de beraadslagingen over art. 1728 C. N., veelal alleen van hypotheken wordt gesproken, en een overgang van

---

(1) Zie echter OPZOOMER, III, bl. 79 en v. — (2) TOULLIER, VII, n. 308 en v.; *C. N. et Mot.*, V, bl. 97. Verg. DURANTON, XII, n. 304; MARCADÉ, IV, n. 778. — (3) MARCADÉ, IV, n. 781. – (4) TOULLIER, VII, n. 310; DULANTON, MARCADÉ, t. a. p. Een voorwaardelijk voorbehoud, waarvan TOULLIER, n. 511, spreekt, zonder dat de schuldvernieuwing zelve voorwaardelijk is, komt mij voor aan bedenkingen onderhevig te zijn.

voorregten, die, volgens art. 1180 B. W., alleen uit hoofde van den aard der schuld worden toegekend, meer vreemd geacht mag worden, vooral ook sedert daarvan geene inschrijving plaats heeft, heeft echter de wetgever voorregten en hypotheken hier naast elkander genoemd.

912. Ook hier is de bepaling algemeen; en men mag dus aannemen, dat zoodanig voorbehoud bij alle wijzen van schuldvernieuwing mogelijk, en dat het in ieder geval slechts de vraag is, of het is gemaakt en aangenomen; iets, wat hier meer, daar minder gemakkelijk kan plaats hebben. De tegenstelling, in art. 1457, van de oude schuldvordering en die, welke in hare plaats is gesteld, kan daartegen niet worden aangevoerd, daar zij in elk geval tegen elkander overstaan. Alleen stelt art. 1459 B. W. in dezen eene uitzondering vast. Voor het geval, dat er een nieuwe schuldenaar in de plaats des ouden wordt gesteld, is uit art. 1458 B. W., gelijk wij later zien zullen, ook geen grond tegen het gezegde af te leiden. Wel kan zulks, volgens art. 1452 B. W., plaats hebben zonder medewerking van den eersten schuldenaar, maar daarom zegge men niet, dat de nieuwe schuldenaar geene hypotheken kan verleenen op de goederen van genen; het is toch geheel iets anders, dat ze kunnen worden voorbehouden door den schuldeischer, die eenmaal zoodanig regt op die goederen aan zijne schuld verbonden ziet. Van het verleenen of toestaan van hypotheek op de goederen van den vroegeren door den nieuwen schuldenaar is hier geen sprake; ze blijven daarop eenvoudig rusten, gelijk zij er vroeger aan verbonden waren; de eerste schuldenaar, die ook nu. door schuldvernieuwing persoonlijk wordt bevrijd, ziet alleen zijne goederen bij voortduring evenzeer bezwaard, als ze dit zonder schuldvernieuwing waren, en lijdt dus ook daardoor geen nadeel (1).

913. Gelijk in den regel voorregten en hypotheken, gaat ook borgtogt niet over; „schuldvernieuwing, ten aanzien van den hoofdschuldenaar te weeg gebragt, ontslaat de borgen", zegt art. 1460 *b* B. W., en deze zijn dus ook dadelijk van hunne verbindtenis ontheven. Ook dit geldt voor elke wijze van schuldvernieuwing (2); de wet toch spreekt algemeen, en telkens gaat daardoor de gewaarborgde schuld te niet, niet, gelijk art. 1460 *a* zegt, *tusschen* enz., maar *ten aanzien van* den hoofdschuldenaar; eene uitdrukking, enkel gebezigd in tegenstelling eener, op eenige wijze ten aanzien van den borg te

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 312; DURANTON, XII, n. 311; ZACHARIAE, I, § 322, bl. 353, n. 8; IMMINK, t. a. p., bl. 265—267, 270. Anders POTHIER, n. 599; MOURICAULT, in *C. N. et Mot.*, V, bl. 233; MARCADÉ, IV, n. 780. Zie ook OPZOOMER, III, bl. 80. — (2) DURANTON, XII, n. 317; IMMINK, bl. 267.

weeg gebragte schuldvernieuwing, die in het algemeen noch den hoofdschuldenaar, noch de medeborgen ontslaat.

914. Ten aanzien der borgen is zelfs zoodanig voorbehoud niet mogelijk, als ten aanzien der voorregten en hypotheken (1). Vooreerst kent de wet hier zoodanig voorbehoud niet toe, en ligt het zonder uitdrukkelijke bepaling van het tegendeel in den aard der zaak, dat borgen niet genoodzaakt kunnen worden om zonder hunne toestemming voor eene nieuwe, eene andere schuld verbonden te zijn. Ten anderen bepaalt de wet zich hier niet tot de verklaring, dat de borgtogten niet overgaan, maar verklaart zij uitdrukkelijk de borgen ontslagen. Ten derde zou anders de bepaling van art. 1460 *c* B. W. voor zoo verre niet te pas komen, waar bepaald wordt, dat, indien de schuldeischer — dat men toch zóó moet lezen, in plaats van *schuldenaar*, gelijk er staat (2), blijkt voldoende uit den zamenhang dier bepaling zelve, en wordt bevestigd door eene vergelijking met art. 1281 C. N. — dat, zeg ik, indien de schuldeischer de toetreding der borgen gevorderd heeft, en deze weigeren om tot de nieuwe schikking toe te treden, alsdan de oude schuldverbindtenis blijft voortduren. De schuldeischer heeft dan eene voorwaarde aan de schuldvernieuwing verbonden, bij wier ontbreken deze zelve niet tot stand kan komen, en er bestaat dus geene nieuwe verbindtenis, die de oude zou vernietigen (3). Wanneer de borgen toetreden, heeft er ook te hunnen aanzien schuldvernieuwing plaats, en blijven zij verbonden krachtens hunne eigene toestemming.

915. Kunnen ook andere accessoria der oude verbindtenis, als het beding van straf, de lijfsdwang enz., door den schuldeischer worden voorbehouden? Ook deze moeten natuurlijk te niet gaan met de verbindtenis, waaraan zij niet eens verbonden, maar waarvan zij het uitvloeisel, waarin zij als van zelf opgesloten zijn. Ten aanzien dier

---

(1) TOULLIER, VII, n. 314; IMMINK, bl. 267. – (2) Zie *Themis*, II, bl. 373; SCHÜLLER, op art. 1460 B. W.; DE PINTO, 3e uitg. II, § 836, bl. 501 en v. Ook v. ASSEN, § 435, bl. 479 en v., schijnt zich daarmede te vereenigen. Wel stond ook reeds in art. 1477 Wetb. v. 1830, en in art. 44 der Wet v. 1 Maart 1825 (Sb. n. 17), het woord *schuldenaar*, maar noch bij VOORDUIN, noch bij ASSER vindt men met een woord gesproken van de Fransche bepaling. Misschien heeft het volgende woord „mede-*schuldenaren*" ongelukkig tot eenige verwarring aanleiding gegeven. VERNEDE, op art. 1460 B. W., beweert wel, dat hier even goed aan de vordering van den schuldenaar als aan die van den schuldeischer kan gedacht worden, en acht zelfs het geval meer toepasselijk op eene vordering van den schuldenaar, maar ik zie niet, welk belang deze kan hebben bij de toetreding van borgen tot de nieuwe verbindtenis, zoo de schuldeischer de schuldvernieuwing daarvan niet afhankelijk stelt. — (3) TOULLIER, VII, n. 314 en v.; DURANTON, XII, n. 317; ZACHARIAE, I, § 322, bl. 353 en v. en n. 1; MARCADÉ, IV, bl. 783; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1460 B. W.; IMMINK, t. a. p., bl. 267.

accessoria zou dus eene uitdrukkelijke toekenning der bevoegdheid tot voorbehoud althans niet minder noodig zijn, om dit te kunnen toelaten, dan ten aanzien van voorregten en hypotheken; en echter vindt men die nergens. Het spreekt toch wel van zelf, dat onder *voorregten*, vooral waar dit woord staat in vereeniging met hypotheken, zoo iets niet kan begrepen worden.

916. Zoodanige schuldvernieuwing kan, volgens art. 1450 B. W., slechts plaats hebben tusschen personen, die bekwaam zijn om verbindtenissen aan te gaan. Dit ligt in den aard der zaak, omdat zij zelve eene overeenkomst is, waarop art. 1356, 2° B. W. natuurlijk toepasselijk moet zijn; en men behoeft dan ook wel geen anderen regel te stellen, dan de wetgever hier gesteld heeft, en bepaaldelijk niet te spreken van eene bekwaamheid om betaling te ontvangen, waarmede trouwens de zaak ook niet duidelijker worden zou (1). Het is echter tevens noodig, dat de partijen met betrekking tot de schuld, die door schuldvernieuwing vernietigd zal worden, hiertoe de bevoegdheid hebben. Hij, die alleen is aangewezen om de betaling te ontvangen, is dus als zoodanig tot schuldvernieuwing niet bevoegd; voogden en anderen zijn het slechts binnen den kring hunner wettelijke bevoegdheid. Waar met een' onbekwame gehandeld is, is dus ook de schuldvernieuwing nietig, en kan deze op zijne vordering nietig worden verklaard. Maar ook hier moet de bepaling van art. 1367 *b* B. W. gelden, dat de personen, die bekwaam zijn om zich te verbinden, zich geenszins kunnen beroepen op de onbekwaamheid der minderjarigen, onder curatele gestelden en getrouwde vrouwen, met welke zij gehandeld hebben (2). Maar deze kunnen ook van hunnen kant de handeling niet doen vernietigen, voor zoo ver daaruit voor hen eene verbindtenis voortvloeit, en tevens aanspraak blijven maken op het regt, dat zij er aan zouden ontleenen; zij kunnen doen vernietigen, maar dan het geheel (3).

917. Bovendien wordt, gelijk art. 1451 B. W. zegt, schuldvernieuwing niet verondersteld, maar moet de wil om haar daar te stellen duidelijk uit de akte blijken. Het spreekt wel van zelf, dat men aan geene schuldvernieuwing kan denken, waar hiertoe geene aanleiding bestaat; de algemeene regel, dat hij, die zich op een feit beroept, het bestaan daarvan bewijzen moet, is natuurlijk ook hier van toepassing. De zin onzer bepaling is deze, dat waar feiten worden bewezen, die aan schuldvernieuwing kunnen doen denken, haar be-

---

(1) Verg. hierbij POTHIER, n. 590; TOULLIER, VII, n. 293; DURANTON, XII, n. 276; ZACHARIAE, I, § 323, bl. 350, n. 12; ALEWIJN, bl. 23 en v. — (2) TOULLIER, VII, n. 298 en v.; DURANTON, XII, n. 276 en v., 280; MARCADÉ, IV, n. 749; ALEWIJN, bl. 24. — (3) MARCADÉ, IV, n. 750.

staan evenwel niet mag worden aangenomen, en de oude verbindtenis niet geacht mag worden door eene nieuwe te zijn vervangen en te niet gegaan, wanneer het niet bepaald en ondubbelzinnig blijkt, dat dit de wil en de bedoeling der partijen is geweest, en dat het niet genoeg is, dat het tegendeel niet te kennen is gegeven. Die bedoeling behoeft juist niet met zoo vele woorden in de akte te zijn uitgedrukt; maar het is noodig, dat zij duidelijk hieruit blijkt, zoodat daarover geen twijfel kan bestaan, dat het feit der schuldvernieuwing zelf niet slechts mogelijk, maar zeker zij en boven allen twijfel verheven (1). Dit is vooreerst het geval, wanneer in de akte uitdrukkelijk wordt te kennen gegeven, dat de eerste verbindtenis vernietigd is; maar eveneens, wanneer de nieuwe verbindtenis van dien aard is, dat de vroegere niet tegelijk daarmede in stand kon blijven. In dit geval zou zelfs eene uitdrukkelijke uitsluiting der schuldvernieuwing daartegen niets baten, maar eene protestatio actui contraria zijn, strekkende om aan de nieuwe verbindtenis gevolgen te verbinden, die alleen aan de oude eigen waren en volgens de wet niet konden worden overgebragt, en alzoo tot uitdrukking der wet (2). Zoo dikwijls nu aan eene schuldvernieuwing gedacht kan worden, maar partijen die bedoeling niet uitdrukkelijk hebben te kennen gegeven, moet het de vraag zijn, of het bestaan eener nieuwe verbindtenis dat der oude uitsluit of met hare voortduring vereenigbaar is. Het eerste is het geval, waar het onderwerp der schuld is veranderd, waar b. v. in plaats eener verschuldigde geldsom eene gevestigde rente wordt gesteld, en zoo dikwijls in plaats van het verschuldigde iets anders in betaling zal worden gegeven en aangenomen, of waar eene andere oorzaak van verbindtenis ontstaat, en b. v. wat ter zake van leening verschuldigd was krachtens bewaargeving verschuldigd blijft; het laatste, wanneer de schuld dezelfde blijft, maar door persoonlijke of zakelijke zekerheid wordt gewaarborgd, aan de oorspronkelijk zuivere verbindtenis eene tijdsbepaling wordt verbonden, of voor het voortdurend gebruik van het verschuldigd kapitaal interessen worden bedongen, die oorspronkelijk niet waren toegezegd; zelfs is dit aangenomen waar wissels of orderbriefjes zijn afgegeven, om onder dien vorm, hetzij in eens, hetzij bij gedeelten, betaling te erlangen der bestaande schuld (3). Het eerste is het geval, waar een nieuwe schuldenaar bepaald in de plaats van den ouden komt; het laatste, waar enkel een nieuwe

(1) POTHIER, n. 594; MALLEVILLE, III, bl. 115; TOULLIER, VII, n. 276 en v.; DURANTON, XII, n. 284; DABELOW, § 1094, II, bl. 341; ZACHARIAE, I, § 323, bl. 351, n. 2; MARCADÉ, IV, n. 764 en v.; DE PINTO, II, § 774, bl. 398; 3e uitg. § 834, bl. 499 en v.; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1451 B. W.; V. B. FAURE, in *Opm. en Med.*, VIII, bl. 92—97. — (2) Verg. TOULLIER, VII, n. 281. — (3) Verg. hierover Gelderland 5 Febr. 1851, *N. R. B.*, 1, bl. 523 en v.

schuldenaar zich ter zake der oude schuld heeft verbonden, maar even goed hoofdelijk nevens den vroegeren kan verbonden zijn. Het eerste is het geval, wanneer de schuldenaar tot afdoening der bestaande verbindtenis eene nieuwe schuld aangaat jegens een nieuwen schuldeischer; het andere waar hij zich enkel verbindt voor de bestaande schuld den nieuwen schuldeischer als zoodanig te erkennen. Het komt er dus maar op aan, of er enkel iets aan de bestaande verbindtenis is gewijzigd, dan of zij zoodanig geheel is veranderd, dat de bedoeling van schuldvernieuwing daaruit ondubbelzinnig voortvloeit of daarvoor zulke genoegzaam gewigtige en bepaalde vermoedens bestaan, die de wet als middel van bewijs erkent. Dat toch schuldvernieuwing niet wordt *verondersteld*, sluit het *bewijs door vermoedens* niet uit (1).

918. De wet vordert, dat de wil blijke *uit de akte.* Men schijnt hier aan eene schriftelijke akte te moeten denken en het woord niet te moeten opvatten in de algemeene beteekenis van *handeling.* Hoezeer toch het Fransche *acte* meermalen in die algemeene beteekenis voorkomt, en dit ook met ons *akte* enkele malen, b. v. in art. 169 B. W., het geval is, komt evenwel dit woord doorgaans voor in den zin van een geschrift, en moet het dus in dien zin worden genomen, zoo dikwijls niet de bepaling zelve, waarin het voorkomt, noodzakelijk eene andere beteekenis medebrengt. Hier komt bij, dat ook de Fransche wetgever aan een geschrift schijnt gedacht te hebben (2), en dat, ofschoon art. 3165 *a* Ontwerp van 1820 sprak van *handeling*, echter in art. 1451 B. W. dit woord niet gebezigd is. Intusschen geloof ik, dat men uit die bepaling niet behoeft af te leiden, dat schuldvernieuwing altoos uit eene akte moet blijken. Men merke toch op, dat art. 1451 niet zegt, dat de wil uit *eene akte*, maar dat hij uit de *akte* moet blijken. Het komt mij namelijk voor, dat de wetgever gedacht heeft aan de gewoonte om eene schuldverbindtenis in geschrift te brengen, en dat hij daarom, secundum id quod plerumque fit, de bepaling heeft gesteld, zoo als zij luidt; maar dat men tegen die bedoeling zou handelen, wanneer men die bepaling

(1) TOULLIER, VII, n 277 en v., 301; DURANTON, XII, n. 285 en v.; ZACHARIAE, I, § 323, bl. 351 en n. 3; ALEWIJN, bl. 8 en v., en vooral MARCADÉ, IV, n. 765—770, die tevens, n. 771, betoogt, dat de beslissing over het bestaan of niet bestaan van schuldvernieuwing niet in het algemeen is onttrokken aan het oordeel van den regter in cassatie. — (2) De tribun FAVARD zeide dienaangaande: „La loi ne pouvait consacrer une formule. Il ne serait pas raisonnable, que *l'absence d'un môt* pût empêcher les juges de déclarer, qu'il y a eu novation *dans un acte*, lors même que toutes *les clauses de l'acte* auraient fait éclater la volonté que les parties avaient eu de faire novation." Zie *C. N. et Mot.*, V, bl. 153, verg. bl. 65. Anders echter MARCADÉ, IV, n. 764.

aldus wilde opvatten, dat, waar geene akte bestaat, ook aan geene schuldvernieuwing gedacht zou mogen worden. Zoodanige bedoeling kon de wetgever bezwaarlijk hebben, omdat hij in het algemeen geen geschrift vordert voor het bestaan van schuldverbindtenissen, omdat dit ook nergens bepaaldelijk gevorderd is voor het bestaan van die schuldverbindtenis, welke in de plaats eener andere komt, en dat bestaan zelf noodwendig schuldvernieuwing ten gevolge heeft, mits maar van den wil om deze te doen plaats hebben duidelijk blijke, — niet juist uit eene akte, maar uit de akte, zoo die is opgemaakt, en waar dit niet is geschied, van elders (1).

§ 8.

Bijzondere bepalingen voor de verschillende wijzen van schuldvernieuwing.

919. Schuldvernieuwing heeft, volgens art. 1449 B. W., vooreerst plaats, wanneer een schuldenaar ten behoeve van zijnen schuldeischer eene nieuwe schuldverbindtenis aangaat, welke in de plaats gesteld wordt van de oude, die daardoor vernietigd wordt. Hier heeft zij dus plaats tusschen dezelfde partijen, zonder dat een derde daarbij in aanmerking komt. Dat hier bepaaldelijk van eene nieuwe schuldverbindtenis gesproken wordt, geschiedt niet in tegenstelling met de twee andere wijzen, alsof daar geene nieuwe verbindtenis te pas kwam; maar, daar hier geene verandering van partijen plaats heeft, is de schuldvernieuwing hier meer bepaaldelijk tot de verbindtenis beperkt. Zoo ook de nieuwe verbindtenis in alles dezelfde was als de oude, zou er geene schuldvernieuwing bestaan; daartoe moet er tusschen die beiden eenig onderscheid aanwezig zijn, hetzij in onderwerp, hetzij in aard of oorzaak der schuld (2).

920. Ook hier behoeft voorts niet uitdrukkelijk gesproken te worden van indeplaats-stelling en vernietiging; het is voldoende, zoo de wil der partijen, om schuldvernieuwing daar te stellen, genoegzaam duidelijk uit de akte of, bij gebreke van akte, uit de omstandigheden blijkt; maar die schuldvernieuwing mag niet worden verondersteld om

---

(1) Dit gevoelen wordt, hoezeer op eenigzins andere gronden, ook verdedigd in *Opm. en Med.*, V, bl. 214—222. Verg. arr. Groningen 8 April 1853, *N. R. B.*, IV, bl. 405 en v. Anders mr. A. P., in *Opm. en Med.*, IX, bl. 133 en v.; Groningen 12 Julij 1853, ald. bl. 136 en v. V. ASSEN, § 434, bl. 479, spreekt van *handeling*. — (2) POTHIER, n. 596; TOULLIER, VII, n. 272; DURANTON, XII, n. 285; DABELOW, § 1094, II, bl. 342; VERNEDE, op art. 1449 B. W.; IMMINK, t. a. p., bl. 255 en v.

het eenvoudig bestaan eener nieuwe schuldverbindtenis, daar deze ook eene tweede schuld kan daarstellen, onafhankelijk van de eerste, of strekken tot verzekering, bestendiging of aanvulling van deze (1).

921. Door zoodanige schuldvernieuwing, tusschen den schuldeischer en een' der hoofdelijke schuldenaren, worden, volgens art. 1460 *a* B. W., de overige medeschuldenaren van hunne verbindtenis ontslagen; de oude schuld toch is daarmede afgedaan, en dit moet noodzakelijk werken in het voordeel van alle medeschuldenaren, die zich niet op nieuw verbonden hebben. Geenerlei medewerking dier medeschuldenaren is hier dus noodig tot hunne bevrijding; die medewerking zou daarentegen noodig zijn om hen ook na de schuldvernieuwing verbonden te doen blijven (2). Wanneer de schuldeischer dit als voorwaarde stelde voor de schuldvernieuwing, zou het evenzeer aan hen staan om al of niet tot de nieuwe verbindtenis, of, gelijk de wet zegt, tot de nieuwe schikking toe te treden; maar zoo zij dit weigeren, dan blijft, volgens art. 1460 *c* B. W., de oude schuldverbindtenis voortduren, omdat hier de schuldvernieuwing van die voorwaarde afhing. Hetzelfde moet daarom ook gelden, wanneer de hoofdelijke schuldenaar, die met den schuldeischer eene schuldvernieuwing maakt, zoodanige voorwaarde heeft gesteld; ook dan toch moet noodwendig de handeling van de vervulling der voorwaarde afhankelijk zijn (3).

922. Gelijk de medeschuldenaren door die schuldvernieuwing persoonlijk ontslagen zijn, indien zij niet zijn toegetreden, zoo gaan ook de voorregten en hypotheken, op hunne goederen rustende, zonder hunne toestemming, niet op de nieuwe schuld over. Zoo zij daarin toestemmen, kan natuurlijk niets beletten, dat hunne goederen met hypotheek bezwaard blijven; ten aanzien der voorregten zou ik echter hetzelfde niet durven stellen, omdat deze niet kunnen afhangen van het goedvinden van den eigenaar, maar alleen in de wet gegrond kunnen zijn. De schuldeischer kan voorts ook wel het behoud der hypotheek op de goederen der overige schuldenaren, die ontslagen zullen worden, als voorwaarde stellen, met dat gevolg dat bij hunne weigering de oude verbindtenis blijft voortduren, maar hij kan ook

---

(1) Verg. DURANTON, XII, n. 285; TOULLIER, VII, n. 276; IMMINK, t. a. p., bl. 256. — (2) DABELOW, § 1096, II, bl. 345. — (3) De bedenking, hierboven door ons geopperd tegen het gevoelen van VERNEDE, dat in art. 1460 *c* even goed aan den schuldenaar als aan den schuldeischer gedacht kan worden, is hier niet geldig, omdat ook de schuldenaar bij zoodanige toetreding belang kan hebben. Dit neemt echter niet weg, dat de zamenhang in de wet het woord *schuldeischer* vordert; maar de uitdrukkelijke vermelding van den schuldenaar is ook niet noodig om als waar te erkennen, wat uit den aard der voorwaardelijke verbindtenissen voortvloeit.

door een uitdrukkelijk voorbehoud niet tegen hunnen wil die hypotheken behouden. Art. 1459 B. W. zegt met zoo vele woorden, dat de voorregten en hypotheken niet kunnen voorbehouden worden, dan alleenlijk op de goederen van dengene, wien de nieuwe schuldverbindtenis aangaat; en de beteekenis dier bepaling kan wel geene andere zijn, dan dat de schuldeischer en één der hoofdelijke schuldenaren geene geldige bedingen kunnen maken, waardoor de goederen van medeschuldenaren zonder medewerking van deze bezwaard zouden blijven. De wetgever is hier voor een bepaald geval van den in art. 1457 B. W. gestelden regel afgeweken, of liever, hij heeft de daar vastgestelde afwijking op dit punt niet toepasselijk gemaakt (1). Misschien heeft hij door de bepaling van art. 1459 willen voorkomen, dat er ten nadeele der vroegere medeschuldenaren, wier goederen, schoon zij zelve ontslagen waren, bezwaard bleven, eene zamenspanning tusschen den schuldeischer en een' der schuldenaren zou kunnen plaats hebben.

923. Schuldvernieuwing wordt, volgens art. 1449 B. W., in de tweede plaats te weeg gebragt, wanneer een nieuwe schuldenaar wordt gesteld in de plaats van den vorigen, die door den schuldeischer van zijne verbindtenis ontslagen wordt. Dit laatste geeft daaraan juist weder het karakter van schuldvernieuwing; omdat, al is in dit geval de nieuwe verbindtenis overigens ook aan de oude gelijk, de oude verbindtenis daardoor wordt opgeheven, en er juist hierdoor eene werkelijke indeplaats-stelling van een' ander schuldenaar tot stand komt. Deze indeplaats-stelling kan geschieden, hetzij door, hetzij zonder toedoen van den schuldenaar. In het eerste geval wordt de handeling, ook wanneer zij niet door het ontslag van dien schuldenaar wordt gevolgd en dus de kracht eener schuldvernieuwing niet erlangt, *delegatie* genoemd of *overzetting;* een woord, dat onze wetgever, volgens een antwoord der Regering, in art. 1453 B. W. gebezigd heeft in navolging van DE GROOT en andere voorname schrijvers (2), ofschoon DE GROOT het bepaaldelijk bezigt in den meer bepaalden zin van schuldvernieuwing door delegatie.

924. De schuldvernieuwing door het in de plaats stellen van een nieuwen schuldenaar behoeft niet alleen niet door toedoen, maar kan zelfs, volgens art. 1452 B. W., zonder medewerking van den eersten schuldenaar geschieden. Dit staat in verband daarmede, dat een derde ook voor den schuldenaar de schuld kan kwijten, art. 1418 *b* B. W.; en vermits door deze schuldvernieuwing de schuldenaar evenzeer

(1) Verg. POTHIER, n. 599; TOULLIER, VII, n. 313; DURANTON, XII, n. 305; ZACHARIAE, I, § 323, bl. 353 en n. 9 en v.; MARCADÉ, IV, n. 782; IMMINK, t. a. p., bl. 268 en v. — (2) VOORDUIN, V, bl. 118 en v. Verg. DE GROOT, III, 44.

bevrijd wordt als door betaling, en het voor hem onverschillig is, of die bevrijding een gevolg is van betaling of wel van eene nieuwe verbindtenis van den derde, waarmede de schuldeischer zich tevreden stelt, zoo bestond er geene reden om hier meer dan bij betaling door een' derde zijne medewerking te vorderen (1). Deze schuldvernieuwing kan daarom ook, even als wij ten aanzien der betaling zagen, tegen den wil des schuldenaars geschieden (2).

925. Maar niet alzoo tegen den wil des schuldeischers; terwijl deze de betaling van eenen derde in den regel niet weigeren kan, behoeft hij geen anderen schuldenaar in plaats van den oorspronkelijken aan te nemen, hoe vermogend die ook zij, en welke zekerheid hij mag aanbieden (3). Het is dus de overeenstemmende wil van den schuldeischer en den nieuwen schuldenaar, die hier de nieuwe verbindtenis doet geboren worden, waarvan de schuldvernieuwing het gewrocht is. Hunne overeenkomst moet den wil om schuldvernieuwing daar te stellen duidelijk doen blijken; het is echter ook hier niet noodig, dat zulks met zoo vele woorden in de akte is uitgedrukt, gelijk bij die door delegatie gevorderd wordt (4). Bij delegatie, waar de oude schuldenaar medewerkt, laat zich diens ontslag dan ook niet zoo veilig veronderstellen als hier, waar de geheele handeling buiten hem omgaat.

926. Tot eene schuldvernieuwing door toedoen van den schuldenaar is natuurlijk eene enkele aanwijzing, door dezen gedaan, van iemand, die voor hem betalen moet, niet voldoende; deze brengt, volgens art. 1456 B. W., geene schuldvernieuwing te weeg, en kan dit ook wel niet, daar de uitdrukking „*enkele* aanwijzing" hier aan eene eenzijdige handeling van den schuldenaar doet denken, zonder eenige toetreding van hem, die aangewezen wordt, zonder dat dus ook deze zich verbonden heeft jegens den schuldeischer. Voor den schuldeischer kan zoodanige aanwijzing wel het voordeel hebben eener bekrachtiging en erkentenis der schuld, maar voor het overige is zij hoogstens eene lastgeving op den aangewezene, die hem geen regt geeft om betaling van dezen te vorderen (5).

927. Zoodanige schuldvernieuwing is, volgens art. 1453 B. W., zelfs niet het gevolg eener eenvoudige delegatie of overzetting, waarbij een schuldenaar aan zijn' schuldeischer een anderen schuldenaar geeft, die zich ten behoeve van dien schuldeischer verbindt, zoo deze daarbij

---

(1) MARCADÉ, IV, n. 772; DE PINTO, II, § 772, 2, bl. 397 en v.; 3e uitg. § 832, 2, bl. 499; SCHÜLLER, op art. 1452 B. W. — (2) DURANTON, XII, n. 306. — (3) DURANTON, XII, n. 307; MARCADÉ, IV, n. 772. — (4) Verg. DURANTON, XII, n. 308 en v. — (5) Verg. TOULLIER, VII, n. 284, 287; ZACHARIAE, I, § 323, bl. 352 en n. 3; MARCADÉ, IV, n. 776; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1456 B. W.

den ouden schuldenaar niet ontslaat. Zulk eene delegatie heeft het meest plaats doordien de schuldenaar een' ander, die zijn schuldenaar is, in zijne plaats stelt, en kan in dat geval eene dubbele schuldvernieuwing, ook ten aanzien van de verbindtenis tusschen hem die delegeert en hem die gedelegeerd wordt, ten gevolge hebben (1); zij kan echter evenzeer geschieden door aanwijzing van iemand, die geen schuldenaar is van den schuldenaar, zoo hij zich maar in de plaats van dezen verbindt (2). Voor die delegatie is in beide gevallen noodig de toestemming van den ouden schuldenaar, die door de wet verondersteld wordt een anderen schuldenaar te geven; die van den gedelegeerden schuldenaar, die zich verbinden moet (3), en zonder wiens toestemming er wel overdragt van schuld, maar geene eigenlijke schuldvernieuwing kan plaats hebben (4); en eindelijk die van den schuldeischer, aan wien gene zich moet verbinden, die hem dus als schuldenaar moet aannemen. Het is juist niet noodzakelijk, dat alle drie gelijktijdig die toestemming geven, maar de delegatie is niet volledig zonder en voordat die van allen tezamen bestaat (5).

928. Maar met die toestemming van alle drie is de delegatie als zoodanig dan ook volledig (6). Zij geeft den schuldeischer regt van vordering tegen den gedelegeerde, die zich te zijnen behoeve verbonden heeft, zonder echter nog de verbindtenis ten aanzien van den ouden schuldenaar op te heffen. Zoo de gedelegeerde niet betaalt, kan dus de schuldeischer tegen dien schuldenaar zijn regt op gelijke wijze vervolgen, en hij behoeft daartoe zelfs niet eerst de betaling van den gedelegeerde te vragen; de stand van den ouden schuldenaar tegenover den schuldeischer is inderdaad dezelfde gebleven; alleen die van dezen is verbeterd door de meerdere zekerheid, die hij heeft bekomen. Die delegatie kan daarom dan ook wel eene soort van borgtogt genoemd worden (7); maar de regten, die de wet aan borgen

(1) POTHIER, n. 601; TOULLIER, VII, n. 319; DURANTON, XII, n. 329. — (2) DURANTON, XII, n. 318 en v.; MARCADÉ, IV, n. 773. — (3) Dat deze zich ten onregte hield voor schuldenaar van den schuldenaar, hindert de nieuwe verbindtenis niet; als oorzaak toch der nieuwe overeenkomst moet beschouwd worden de afdoening der oude, niet de onjuiste meening, die er alleen als beweegreden toe heeft geleid. Verg. MARCADÉ, IV, n. 774. Zie echter DURANTON, XII, n. 330; POTHIER, n. 602. — (4) Verg. TOULLIER, VII, n. 285, en vooral IMMINK, t. a. p., bl. 261 en v.; Amsterdam 20 Oct. 1852, *N. R. B.*, III, bl. 30 en v. — (5) DURANTON, XII, n. 320. Verg. MALLEVILLE, op art. 1275 C. N., III, bl. 115 en v.; TOULLIER, VII, n. 290; POTHIER, n. 600. — (6) Daarbij kan wel, gelijk ALEWIJN, bl. 38, aanmerkt, nog eene vierde toestemming te pas komen, namelijk van een anderen schuldeischer, die in de plaats van den ouden gesteld wordt, maar dan heeft voor zoo ver de laatste wijze van schuldvernieuwing plaats. — (7) Verg, SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1453 B. W. Verg. DURANTON, XII, n. 322.

toekent, kan de gedelegeerde niet inroepen; hij is nevens den ouden schuldenaar geplaatst, en de schuldeischer heeft tegen hem een even volledig regt van vordering als tegen den ouden schuldenaar.

929. Zoodanige delegatie heeft, volgens art. 1453 B. W., slechts schuldvernieuwing ten gevolge, indien de schuldeischer uitdrukkelijk verklaard heeft, dat hij van meening was om zijnen schuldenaar, die de overzetting gedaan heeft, van diens verbindtenis te ontslaan. Schuldvernieuwing wordt niet verondersteld, en het kan zeer goed zijn, dat de schuldeischer, de delegatie aannemende, dit slechts deed om in een' schuldenaar te meer des te grootere zekerheid te bekomen. De wet vordert eene uitdrukkelijke verklaring, en het is dus hier niet, gelijk in het algemeen volgens art. 1451 B. W., genoeg, dat de wil duidelijk uit de akte blijkt; eene meer bepaalde zekerheid is hier vereischt, om alle verschil van meening over de kracht der handeling af te snijden. Welke woorden gebezigd worden, is onverschillig, zoo er maar eene uitdrukkelijke verklaring bestaat, waaruit de bedoeling blijkt, en het is geenszins noodig, dat juist de uitdrukkingen van art. 1453 of 1454 worden gebezigd (1).

930. Door die uitdrukkelijke verklaring is de oude schuldenaar ontslagen, en gaat de oude verbindtenis te niet. Het ligt in den aard der zaak, dat, zoo ook al de in de plaats gestelde in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen is geraakt, de schuldeischer echter op den ontslagen schuldenaar geen verhaal heeft. Het zal dan ook, hoezeer de redactie dit kon doen vermoeden, wel niet de strekking zijn van art. 1454 B. W. om dit te bepalen, maar veelmeer om twee uitzonderingen vast te stellen, waarin den schuldeischer zoodanig verhaal wel is toegekend. Dat verhaal is dan voorzeker eene beperking van de kracht der schuldvernieuwing, die daardoor echter voor het overige niet opgeheven wordt. Het bestaat daarom ook alleen in eene gewone persoonlijke vordering tegen den gewezen schuldenaar, waarvan wel de oude schuld den grond uitmaakt, maar die daarom geene herleving dier oude schuld is; zoodat dan ook de schuldeischer geen genot meer kan hebben van hetgeen aan deze verbonden was (2).

931. Die uitzonderingen hebben, volgens art. 1454 B. W., plaats, wanneer het verhaal bij de overeenkomst uitdrukkelijk is voorbehouden, en wanneer de in de plaats gestelde schuldenaar reeds op het oogenblik der overzetting openlijk bankbreukig was of in verval van zaken was geraakt. Wat het eerste betreft, de toestemming van den

---

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 290; DURANTON, XII, n. 309, 324; ZACHARIAE, I, § 323, bl. 351 en v. en n. 12; 2; IMMINK, t. a. p., bl. 259 en v.; ALEWIJN, bl. 41 en v. — (2) DURANTON, XII, n. 327 en v.; ZACHARIAE, I, § 323, bl. 343 en n. 3.

schuldeischer en zijn ontslag van den schuldenaar zijn hier niet onbepaald gegeven; en gelijk hij bevoegd was om die geheel te weigeren, was hij natuurlijk tevens bevoegd, daaraan een voorbehoud te verbinden; hetwelk geldig werd, zoodra de oude en de gedelegeerde schuldenaar desniettemin in de delegatie toestemden. Op gelijke wijze, opdat wij dit hier bijvoegen, kan in het algemeen de delegatie en bepaaldelijk ook het ontslag van den ouden schuldenaar voorwaardelijk plaats hebben, als wanneer de gewone bepalingen omtrent voorwaardelijke verbindtenissen gelden (1).

932. Wat het tweede betreft, zoo is de redactie van art. 1454 B. W. niet juist, althans niet in overeenstemming met art. 16 der Wet van 15 Junij 1833 (Sb. n. 35), waarbij bepaald is, dat voor de woorden: *bankbreukig of in verval van zaken geraakt*, in art 1471 Wetb. van 1830, zou gelezen worden: *in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen geraakt* (2). Het is deze wetsbepaling, die boven eene onjuiste redactie van het Wetboek van kracht is, en een eenvoudig verval van zaken ten tijde der overzetting is dus niet voldoende om den schuldeischer een verhaal te verschaffen, dat hij alleen aan een' staat van faillissement of van kennelijk onvermogen kan ontleenen. SCHÜLLER spreekt hier van dwaling aan zijde van den schuldeischer, welke zijne toestemming van onwaarde, en daardoor de overeenkomst onbestaanbaar maakt. Ik betwijfel echter de juistheid dier aanmerking; want zeker bestaat hier geene dwaling omtrent de zelfstandigheid der zaak, gelijk art. 1358 *a* B. W. vordert. Ook is, gelijk wij reeds zagen, de overeenkomst en de daardoor bewerkte schuldvernieuwing niet nietig, maar kent de wet enkel een persoonlijk verhaal toe, dat de schuldeischer zonder die uitdrukkelijke toekennning niet zou kunnen uitoefenen, maar dat de wet hem geeft met billijke afwijking van het strenge regt.

933. De wet vordert daartoe, dat de staat van faillissement of kennelijk onvermogen reeds op het oogenblik der overzetting bestond, in de veronderstelling dat daarbij te gelijker tijd de schuldvernieuwing heeft plaats gehad. Zoo het ontslag van den schuldenaar eerst later volgde, behoeft de staat van faillissement of kennelijk onvermogen zeker eerst op dat later tijdstip te bestaan (3). Maar zoo die toestand later opkomt, is en blijft de oude schuldenaar tegen dat verhaal gewaarborgd. De wet vordert echter niet, dat die staat den schuldeischer onbekend was, en de uitlegger mag daarom hare bepaling niet in dien zin beperken; te minder omdat ook de wet vordert, dat de

---

(1) DURANTON, XII, n. 335; MARCADÉ, IV, n. 775. — (2) Verg. VOORDUIN, V, bl. 119; DE MARTINI, SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1454 B. W.; V. ASSEN, in *Themis*, 2, IV, bl. 184 en v. — (3) ZACHARIAE, I, § 323, bl. 353, n. 5.

in de plaats gestelde schuldenaar *openlijk* in dien staat was geraakt. Zeer zeker zal de schuldeischer, dien staat kennende, van zijn verhaal uitdrukkelijk afstand kunnen doen, en het dan ook niet kunnen uitoefenen; maar zoo hij geen' afstand heeft gedaan, hindert zijne bekendheid daarmede hem niet. De wet zelve schijnt te veronderstellen, dat het voorbehoud van zoodanig verhaal natuurlijk moet bedoeld zijn, zoo daarvan geen afstand wordt gedaan, en maakt daarom door hare bepaling een uitdrukkelijk voorbehoud overbodig (1). Of de oude schuldenaar daarmede bekend was of niet is almede geheel onverschillig (2).

934. Met het ontslag van den ouden schuldenaar gaan ook de aan zijne schuld verbonden voorregten en hypotheken te niet, ten ware de schuldeischer zich die uitdrukkelijk mogt hebben voorbehouden; art. 1457 B. W. Wij hebben reeds gezien, dat de schuldeischer ook bij deze wijze van schuldvernieuwing daartoe bevoegd is; de schuldenaar behoeft dan ook daarin niet noodzakelijk toe te stemmen. Maar de voorregten en hypotheken, die oorspronkelijk aan de schuldvordering verbonden waren, gaan, volgens art. 1458 B. W., niet over op de goederen van den nieuwen schuldenaar. Dat zij daarop niet van regtswege *overgaan*, ligt wel zoodanig in den aard der zaak, dat het geheel noodeloos geacht mag worden, dit te bepalen. Men schijnt dan ook bedoeld te hebben, dat zelfs met toestemming der partijen die voorregten en hypotheken niet op de goederen van den nieuwen schuldenaar kunnen worden overgebragt; gelijk dan ook in art. 1279 C. N. gezegd wordt, dat zij „ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur". Dat deze tot zekerheid der schuld, die hij op zich neemt, hypotheek kan geven, spreekt wel van zelf; maar dit moet dan geschieden met inachtneming der gewone bepalingen, en de hypotheek bestaat en werkt dan eerst sedert de inschrijving. Men zou echter op de gedachte hebben kunnen komen, dat bij den overgang der oude in eene nieuwe schuld hieraan ook eene hypotheek op de goederen van den nieuwen schuldenaar zou kunnen verbonden worden, van gelijken rang als die aan de oude verbonden was. Dit zou intusschen strijden met ons hypotheek-stelsel en met de belangen der overige schuldeischers van den nieuwen schuldenaar; en vandaar misschien deze bepaling, die echter wel even goed had kunnen gemist worden (3).

---

(1) Verg. MALLEVILLE, op art. 1276 C. N., III, bl. 116; BERGMAN, § 229, n. 6, bl. 364. Anders echter DURANTON, XII, n. 325; ZACHARIAE, I, § 323, bl. 353, n. 4. Verg. ook POTHIER, n. 604; MARCADÉ, IV, n. 775. — (2) ZACHARIAE, t. a. p. — (3) TOULLIER, VII, n. 312; DURANTON, XII, bl. 310 en v.; ZACHARIAE, I, § 323, bl. 353 en n. 9; MARCADÉ, IV, n. 779; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1458 B. W.; IMMINK, t. a. p., bl. 270 en v.; ALEWIJN, bl. 54 en v.

935. Ten aanzien van deze wijze van schuldvernieuwing is niet, gelijk ten aanzien van de derde in art. 1455 B. W., bepaald, dat de nieuwe schuldenaar aan den schuldeischer niet kan tegenwerpen de exceptiën, die de eerste schuldenaar aan dezen had kunnen tegenwerpen. Niettemin ligt dit in den aard der zaak, omdat de oude schuld is te niet gegaan. Daarom moet het dan ook onverschillig zijn, of hem het bestaan der exceptiën bekend was of niet. Zoo hij zelf schuldenaar was van den schuldenaar, die hem delegeerde, acht ik het niet onbeslist, dat hij den nieuwen schuldeischer niet kan tegenwerpen de exceptiën, die hij tegen zijnen oorspronkelijken schuldeischer had (1), omdat dit mij voorkomt geheel te vallen in art. 1455 B. W.

936. In de derde plaats wordt, volgens art. 1449 B. W., schuldvernieuwing te weeg gebragt, wanneer, ten gevolge eener nieuwe overeenkomst, een nieuwe schuldeischer gesteld wordt in de plaats van den vorigen, te wiens opzigte de schuldenaar van zijne verbindtenis wordt ontslagen. Deze wijze van schuldvernieuwing kan met de vorige gepaard gaan, wanneer die geschiedt doordien de schuldenaar aan den schuldeischer iemand delegeert, die zijn schuldenaar is, en die nu, te zijnen opzigte ontslagen, in betrekking wordt gesteld tot een anderen schuldeischer (2).

937. De wet vordert hier uitdrukkelijk eene nieuwe overeenkomst, waarvan de schuldvernieuwing het gevolg moet zijn. Wij hebben reeds gezien, dat zoodanige nieuwe overeenkomst ook bij de beide andere wijzen te pas komt; hier was echter de uitdrukkelijke vermelding dier voorwaarde te meer doelmatig om verwarring met andere handelingen te voorkomen. In art. 1271 C. N. werden die woorden op verlangen van het Tribunat ingelascht. Er kan namelijk ook door verkoop der inschuld een nieuwe schuldeischer optreden in de plaats van den ouden, die daardoor evenzeer zijne vordering tegen den schuldenaar verliest. Hetzelfde kan het gevolg zijn eener betaling door een' derde met subrogatie. In deze gevallen blijft echter dezelfde schuld bestaan met alles wat daartoe behoort. Anders is het, waar tevens eene nieuwe overeenkomst wordt gemaakt; dan bestaat er geene eenvoudige overdragt of indeplaats-stelling, maar schuldvernieuwing (3).

938. Bij deze nieuwe overeenkomst moet de schuldenaar zich jegens den nieuwen schuldeischer verbinden; behalve deze beide par-

---

(1) Verg. MALLEVILLE, op art. 1281 C. N., III, bl. 118 en v.; DURANTON, XII, n. 334, die echter hetzelfde resultaat aannemen. — (2) DURANTON, XII, n. 314. — (3) Verg. *Conf. du C. C.*, V, bl. 111; DURANTON, XII, n. 312 en v.; ZACHARIAE, I, § 323, bl. 350 en n. 3; IMMINK, t. a. p., bl. 262 en v. Verg. DABELOW, § 1094, II, bl. 342 en v.

tijen moet echter ook de oude schuldeischer toetreden om den schuldenaar te zijnen aanzien te ontslaan. Het is intusschen niet noodig, gelijk TOULLIER (1) beweert, dat de nieuwe overeenkomst een ander onderwerp hebbe dan de eerste, alsof er wel schuldvernieuwing plaats had, wanneer de schuldenaar zich verbond om in plaats eener geldsom aan den een, eene andere zaak aan een' ander te geven, en niet waar hij zich tegen ontslag van genen verbond aan dezen gelijke geldsom te betalen. De wet vordert zulks niet, en ook alzoo bestaat er eene nieuwe overeenkomst. Het is dan ook niet juist, te zeggen, dat er dan slechts eene overdragt der inschuld plaats heeft; dit zou het geval zijn, zoo er geene nieuwe overeenkomst gemaakt werd, maar door deze ontstaat er schuldvernieuwing (2).

939. Dat de schuldenaar ten aanzien van den vorigen schuldeischer ontslagen wordt, en de tusschen hen bestaande verbindtenis alzoo wordt opgeheven, is ook hier weder hoofdzaak. Het spreekt dus wel van zelf, dat eene enkele aanwijzing, door den schuldeischer slechts gedaan van iemand, die voor hem moet ontvangen, geen schuldvernieuwing te weeg brengt, gelijk art. 1456 *b* B. W. ten overvloede bepaalt (3). Wij vinden hier weder niets dan eene eenvoudige lastgeving, die door den schuldeischer elk oogenblik kan worden herroepen, en den aangewezene geen regt van vordering op eigen naam tegen den schuldenaar geeft, omdat zij geene verbindtenis tusschen hem en dezen kan te weeg brengen.

940. Het komt mij dan ook voor, dat, zelfs wanneer de aangewezene die aanwijzing aannam, het regt van herroepen voor den schuldeischer daardoor niet zou ophouden, en dat gene daaruit geen regt tegen den schuldenaar zou ontleenen. Zij, die het tegendeel beweren (4), beroepen zich op art. 1353 *b* B. W. Maar dit moet hier alle toepassing missen, omdat het veronderstelt, dat schuldeischer en schuldenaar een beding hebben aangegaan ten behoeve van een' derde, waardoor dus de schuldenaar zelf in eene verbindtenis ten behoeve van dien derde heeft toegestemd, terwijl art. 1456 alleen spreekt van eene enkele aanwijzing van den schuldeischer, waaraan dus de schuldenaar vreemd is gebleven.

941. Ook door deze schuldvernieuwing gaan de voorregten en hypotheken, verbonden aan de oude schuld, te niet. Eveneens bepaalt art. 1455 B. W., dat de schuldenaar aan den nieuwen schuldeischer niet kan tegenwerpen de exceptiën, welke hij tegen den eersten

---

(1) VII, n. 274. — (2) Verg. ALEWIJN, bl. 34 en v. — (3) Verg. TOULLIER, VII, n. 286; DURANTON, XII, n. 315; ZACHARIAE, I, § 323, bl. 352, n. 4; MARCADÉ, IV, n. 776. — (4) Zie TOULLIER, VII, n. 287; DE PINTO, § 774, bl. 399; 3e uitg. § 834, bl. 500 en v.; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1456 B. W.

zou hebben kunnen doen gelden, al zijn ze hem ook bij het aangaan der nieuwe verbindtenis niet bekend geweest (1). In dit geval behoudt echter de schuldenaar zijn verhaal op den oorspronkelijken schuldeischer (2). Eene aanmerking, tijdens de beraadslagingen gemaakt tegen deze bepaling, welke niet in den C. N., wèl, doch zonder de woorden: „behoudens" enz., in art. 1472 Wetb. van 1830 voorkwam, — dat het hard zou zijn, indien de schuldenaar tegen den nieuwen schuldeischer de exceptiën niet kon doen gelden, welke hem tijdens de overdragt niet bekend zijn geweest, werd door de Regering beantwoord met de opmerking, dat door de overzetting eene geheel nieuwe schuld geboren is tusschen den ouden schuldenaar en den nieuwen schuldeischer, aan welken geheel en al vreemd behooren te zijn de exceptiën, welke de schuldenaar aan den ouden schuldeischer had kunnen tegenwerpen, omdat door het aangaan der nieuwe verbindtenis de vroegere als het ware volkomen bevestigd is geworden (3). En zoo men het minder gepast mogt vinden, te spreken van de bevestiging eener te niet gegane verbindtenis, zoo ligt het immers in den aard der zaak, dat exceptiën, verbonden aan eene vernietigde verbindtenis, ook te niet gegaan moeten zijn, en dat tegen de nieuwe verbindtenis geene exceptiën kunnen gelden, die daaraan vreemd zijn. Ook zou het niet minder hard zijn, zoo de nieuwe schuldeischer zich exceptiën kon zien tegenwerpen, waaraan hij geheel vreemd was, en die hem bij het aangaan der nieuwe verbindtenis niet bekend waren.

942. Die exceptiën betreffen slechts den ouden schuldeischer; met regt is daarom in het slot aan art. 1455 B. W. het verhaal tegen dezen voorbehouden, hetgeen aan den eenen kant des schuldenaars belang waarborgt, zonder aan de andere zijde den nieuwen schuldeischer te hinderen. Deze bijvoeging is dus eene heilzame vrucht der zoo even vermelde aanmerking geweest. Dat verhaal kon voorts tot dat geval beperkt worden en behoefde niet ook te bestaan voor het geval, dat de exceptiën bij de schuldvernieuwing den schuldenaar bekend waren.

(1) Dit geldt natuurlijk ook van de vergelijking van schuld, ofschoon art. 1467 B. W. geene schuldvernieuwing vordert. Verg. IMMINK, t. a. p., bl. 273 en v. — (2) Verg. MALLEVILLE, op art. 1281 C. N., III, bl. 118 en v.; TOULLIER, VII, n. 291; DURANTON, XII, n. 334. — (3) VOORDUIN, V, bl. 119 en v.; ASSER, § 731; DE PINTO, t. a. p.; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1455 B. W. Verg. ook IMMINK, t. a. p., bl. 272 en v.

AFDEELING IV.

§ 9.

Van compensatie of vergelijking van schuld.

943. „Twee personen wederkeerig elkanders schuldenaren zijnde", zegt art. 1461 B. W., „heeft tusschen dezelve vergelijking plaats, door welke de wederzijdche schulden worden vernietigd, op de wijze en in de gevallen hierna vermeld". De wetgever noemt dit in het opschrift der afdeeling, ook hier gelijk op andere plaatsen een vreemd en een Nederlandsch woord naast elkander plaatsende, *compensatie of vergelijking* van schuld; terwijl hij in de bepalingen zelve telkens van *vergelijking* spreekt, een woord, dat ook reeds door DE GROOT werd gebezigd (1). Beide woorden zijn dan ook niet ongelukkig gekozen, daar werkelijk eene vergelijking der schulden in dezen plaats heeft, die met elkander als het ware gewogen, en zoo tegen elkander afgewogen worden.

944. Vergelijking toch is, gelijk DE GROOT zeide, „eene tegenstelling van inschuld jegens uytschuld, tusschen deselve luyden bestaende, tot gelijke waerde toe"; of wel de vernietiging van schulden, die tusschen twee personen over en weder bestaan, door de eene tegen de andere te vereffenen en weg te rekenen. Over het algemeen genomen is zij voor beide partijen even voordeelig, daar de afdoening van wederzijdsche schulden veelal aan beide kanten wenschelijk, en hare uitdelging op zoodanige wijze veel gemakkelijker en eenvoudiger is, dan wanneer elk het door hem verschuldigde werkelijk moest uitbetalen, en zoo ook het hem toekomende werkelijk van den ander ontvangen. Van den anderen kant is het ook billijk, dat een schuldeischer niet kan vorderen wat hem verschuldigd was, zonder tevens te betalen hetgeen zijn schuldenaar van hem kon vorderen. Men behoeft daarom juist aan geene stilzwijgende overeenkomst te denken, waaraan ook veelal met geene mogelijkheid gedacht kan worden. Het is de wet, die op gronden van nuttigheid en billijkheid zoodanige wederzijdsche verrekening heeft vastgesteld, en daardoor van regtswege doet plaats hebben, wat anders slechts met medewer-

(1) DE GROOT, III, 40. Verg. VOORDUIN, V, bl. 101, 120; DE PINTO, II, § 777, 1, bl. 399 en v.; 3e uitg. § 837, bl. 502; LINTELO DE GEER, in *N. Bijdr. v. R. en W.*, V, bl. 5 en v.

king der partijen tot stand zou komen; zij rekent de inschuld van den een op die van den ander af, en beschouwt dien ten gevolge den een slechts als des anderen schuldeischer, voor zoo ver de inschuld van genen die van dezen overtreft, en dus niet tegen deze te niet ging (1).

945. Die vergelijking heeft, volgens art. 1462 B. W., van regtswege plaats. Als zoodanig is zij een middel, waardoor verbindtenissen te niet gaan, zonder dat daartoe eenige daad van partijen gevorderd wordt (2), bepaaldelijk zonder dat daartoe eene verdediging bij wijze van exceptie noodig is. Wel moet hij, die door zijn' schuldeischer tot betaling wordt aangesproken, om zich tegen eene veroordeeling te vrijwaren, zich beroepen op het bestaan eener schuld, tegen welke de andere, waarvan de betaling gevorderd wordt, zou zijn te niet gegaan, omdat dit feit den regter anders niet bekend kan zijn; wel moet hij bewijzen, dat die schuld werkelijk bestond, en moet ook de regter, waar deswege geschil bestaat, omtrent het geldig bestaan dier schuld uitspraak doen; doch de regter vernietigt daarom de wederzijdsche schulden niet, maar beslist slechts het bestaan van omstandigheden, waaronder die wederzijdsche schulden volgens de wet geheel of ten deele vernietigd zijn (3). De werking der vergelijking begint dan ook niet met het vonnis; dit beslist slechts, dat er vergelijking bestaat, die hare werking, gelijk nu wel in den aard der zaak ligt en in art. 1462 B. W. uitdrukkelijk wordt bepaald, uitoefent op het oogenblik dat twee voor vergelijking vatbare schulden tegelijk bestaan.

946. Voor elke vergelijking is in de eerste plaats noodig het wederzijds bestaan van schulden. Werkelijke schulden zijn hier noodig, waarvan de betaling in regten gevorderd kan worden; van natuurlijke verbindtenissen, in den zin van art. 1395 *b* B. W., kan dus hier geen sprake zijn. Het vereischte van vatbaarheid voor dadelijke opeisching, in art. 1463 *a* B. W. uitgedrukt, laat dit niet twijfelachtig; ofschoon het niet strekt om juist dit te beslissen (4). Eene nog van eene opschortende voorwaarde afhangende schuld komt alzoo niet in vergelijking; eene ontbindende voorwaarde belet deze

---

(1) TOULLIER, VII, n. 344; DURANTON, XII, n. 380; MARCADÉ, IV, n. 815; DE PINTO, II, § 777, bl. 400; 3e uitg. § 837, bl. 502; F. DURANTON, in *Rev. d. rev. de droit*, X, bl. 140. — (2) Zie ter vergelijking van het Romeinsch en hedendaagsch regt F. DURANTON, t. a. p., bl. 140 en v. Verg. voorts mr. B. J. GRATAMA, in *Opm. en Med.*, X, bl. 100—111. — (3) POTHIER, n. 635; TOULLIER, VII, n. 344; DURANTON, XII, n. 381 en v.; verg. n. 460; MALLEVILLE, op art. 1291 C. N., III, bl. 128 en v.; verg. V. SAVIGNY, VI, bl. 335 en v.; DE GEER, t. a. p., bl. 27 en v. — (4) Verg. hierboven n. 38; DURANTON, XII, n. 405 en v.; ZACHARIAE, I, § 326, bl. 358, 3°.

niet (1). Wanneer de verbindtenis nietig of voor ontbinding vatbaar, of de schuld verjaard is, zoo hangt het al of niet plaats hebben der vergelijking daarvan af, of de verbindtenis nietig wordt verklaard of ontbonden, of de verjaring ingeroepen, of niet (2).

947. Het is, blijkens den aanhef van art. 1465 B. W., zelfs onverschillig, uit welke oorzaak de wederzijdsche schulden voortspruiten; alleen ligt het in den aard der zaak, dat ze niet zoodanig uit dezelfde oorzaak moeten zijn gesproten, dat de eene om de andere bestaat (3). Eveneens doet de aard van den titel, die het bewijs der schuld bevat, niets af, noch ook de waarborgen, die de eene schuld uit kracht der wet of ten gevolge eener overeenkomst boven de andere heeft. Ook is het, gelijk ook uit het slot van art. 1462 B. W. blijkt, niet noodig, dat wederzijds een gelijk bedrag verschuldigd is (4).

948. Art. 1465 B. W. beperkt echter den eerstgestelden regel door de bijvoeging van drie uitzonderingen. Vooreerst heeft de vergelijking niet plaats, wanneer de teruggave geëischt wordt van eene zaak, waarvan de eigenaar wederregtelijk ontzet is. Spoliatus ante omnia restituendus. Eigenrigting kan in eene geregelde maatschappij niet worden toegelaten, en hij, die zich eigenmagtig in het bezit heeft gesteld van het eigendom zijns schuldenaars, al was het om daardoor zich eene betaling te verschaffen, die hij vreesde, dat anders ligt zou achterblijven, moet het weggenomene, met vergoeding van kosten, schaden en interessen, teruggeven, zonder het hem verschuldigde daartegen in vergelijking te kunnen brengen. Men lette hierbij op de uitdrukking *wederregtelijk ontzet*, waardoor natuurlijk het geval eener ontzetting krachtens regterlijk vonnis is uitgesloten (5).

949. Volgens art. 1465, 2° B. W. heeft mede geene vergelijking plaats, wanneer geëischt wordt de teruggave van iets, hetwelk in bewaring of ter bruikleen gegeven is. Wat het eerste betreft, zoo is ook in art. 1751 B. W. bepaald, dat de bewaarnemer dezelfde zaak moet teruggeven, die hij ontvangen heeft, en geldt dit zelfs van in bewaring gegeven geldsommen. Het schijnt voorts in den aard der zaak te liggen, dat art. 1465, 2° in de eerste plaats eene bewaargeving van zoodanige zaken bedoelt, die volgens art. 1463 B. W. het voorwerp eener voor vergelijking vatbare schuld kunnen wezen, daar

---

(1) TOULLIER, VII, n. 374; DURANTON, XII, n. 404 en v.; MARCADÉ, IV, n. 824. — (2) Verg. MARCADÉ, IV, n. 826. — (3) Verg. MARCADÉ, IV, n. 828. — (4) ZACHARIAE, I, § 326, bl. 359; MARCADÉ, IV, n. 816. Verg. DURANTON, XII, n. 445. — (5) Verg. TOULLIER, VII, n. 382; ZACHARIAE, I, § 327, bl. 360, n. 4; MARCADÉ, IV, n. 829.

anders de vergelijking reeds door art. 1463 B. W. zou zijn uitgesloten (1).

950. Ten aanzien van hetgeen ter bruikleen is gegeven ontstaat hier echter eene niet geringe zwarigheid uit de bepaling van art. 1779 B. W., volgens welke slechts hetgeen *niet* door het gebruik verloren gaat een onderwerp van bruikleening zijn kan, terwijl eene schuld, die zoodanig onderwerp heeft, volgens art. 1463 niet vatbaar is voor vergelijking. Deze zwarigheid bestond ook onder den C. N., en het mag daarom bevreemden, dat onze wetgever niet meer duidelijk heeft bepaald, hetgeen tot zoo veel verschil van meening aanleiding had gegeven. Hoe dit zij, nu onze wetgever, geheel in navolging van art. 1293 C. N., waaromtrent zoodanig verschil van meening bestond, van bruikleen en niet van verbruikleening spreekt, schijnt het zeker, dat men niet *verbruikleening* mag lezen waar *bruikleen* staat (2). Welke ook de zin onzer bepaling wezen mag, daarin wordt niet van verbruikleening gesproken, en men mag naar dus ook hierop niet toepassen. Ook zou door eene uitsluiting der schuldvergelijking, waar teruggevorderd wordt hetgeen bij wijze van verbruikleening was geleend, hare toepassing aanzienlijk worden beperkt: iets, dat in allen gevalle niet anders dan krachtens eene uitdrukkelijke wetsbepaling kan worden aangenomen. Niet veel aannemelijker schijnt mij het gevoelen, dat art. 1465 zou doelen op het geval, dat bij wijze van uitzondering verbruikbare zaken ter bruikleen zijn gegeven (3); omdat het mij niet waarschijnlijk voorkomt, dat dezelfde wetgever, die elders uitdrukkelijk hetgeen door het gebruik verloren gaat van de bruikleening uitsluit, hier stilzwijgend zou veronderstellen, dat evenwel zoodanige zaken ter bruikleen zijn gegeven, en voor dat geval, even alsof het geheel in den regel ware, hier ter loops eene bepaling zou vaststellen. Dat art. 1465 naar de bedoeling des wetgevers enkel zou zien op het geval eener terugvordering van de waarde eener ter bruikleen gegevene zaak, die verloren is gegaan, schijnt eveneens weinig aannemelijk, omdat gesproken wordt van de teruggave van datgene, wat ter bruikleen gegeven is, zelf, en daaraan dus in de eerste plaats gedacht zal moeten worden (4). Hoezeer ik nu echter geene andere verklaring aan deze bepaling geven kan, acht ik het

---

(1) Verg. hierbij POTHIER, n. 625, 2°; TOULLIER, VII, n. 385; DURANTON, XII, n. 448 en v.; ZACHARIAE, I, § 327, bl. 360, n. 5. Zie ook F. DURANTON, t. a. p., bl 153 en v.; MARCADÉ, IV, n. 830. — (2) Zie SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1465 B. W. — (3) Zie TOULLIER, VII, n. 383 en v.; DURANTON, XII, n. 448; DE PINTO, II, § 779, 2, bl. 401; 3e uitg. § 839, bl. 504. — (4) Verg. bij een en ander ZACHARIAE, I, § 327, bl. 360, n. 6; F. DURANTON, t. a. p., die beweert, dat de wetgever hier in de beide eerste alineas ten onregte bepalingen uit het Romeinsche regt heeft overgenomen, die naar dat regt hare waarde hadden, maar tegenwoordig naauwelijks toepassing kunnen vinden.

beter, haar als buiten toepassing te beschouwen, dan haar eene kracht toe te kennen, die zij niet heeft (1).

951. Intusschen komt het mij voor, dat art. 1465, 1° en 2° B. W. niet alleen dan van toepassing is, wanneer het de werkelijke teruggave der bedoelde voorwerpen geldt, maar ook wanneer in de plaats daarvan slechts de waarde moet komen, des noods met vergoeding van kosten, schaden en interessen, omdat de voorwerpen zelve uit eenigen hoofde niet kunnen teruggegeven worden. Er is wel is waar aangemerkt, dat de verpligting tot voldoening der waarde en vergoeding van kosten, schaden en interessen vóór het vonnis, waarbij de veroordeeling daartoe wordt uitgesproken, niet voor dadelijke vereffening vatbaar is, maar dit kan immers de vergelijking na het vonnis niet beletten, en hare uitsluiting door de wet zou dus daarom niet overbodig zijn. Men bedenke voorts, dat in den regel, wanneer de schuldenaar buiten zijne schuld in de onmogelijkheid gesteld wordt om de zaak te leveren, de verbindtenis te niet gaat en geene vergoeding van kosten, schaden en interessen van hem geëischt kan worden; en dat er in geval van schuld of nalatigheid wel geene reden bestond om den schuldenaar het genot eener vergelijking toe te kennen, dat de wet hem uitdrukkelijk ontnomen heeft voor het geval, dat de zaak zelve door hem kon worden teruggegeven. Het zou anders in zijn voordeel zijn de werkelijke teruggave onmogelijk te maken, om zoo de in zijn nadeel strekkende bepaling van art. 1463 B. W. te ontduiken. Bovendien zal ook wel in het verondersteld geval begonnen worden met een' eisch tot teruggave der goederen zelve, en het vonnis alzoo ook op een' eisch tot teruggave gewezen zijn; en zoo zal dan ook onze meening in overeenstemming, althans niet in strijd zijn met de letter der wet, gelijk zij het zeker schijnt met de bedoeling des wetgevers (2).

952. Bij de woorden toch: „wanneer de teruggave geëischt wordt", in art. 1465, 1° en 2° voorkomende, is het, mijns bedunkens, niet juist de teruggave, waar het vooral op aankomt; zij schijnen mij veelmeer bepaaldelijk aan te duiden, dat men zich niet op de vergelijking zal kunnen beroepen tegen hem, die ter zake eener wederregtelijke ontzetting, eener bewaargeving of bruikleening een' eisch heeft ingesteld; dat er geene vergelijking plaats heeft tegen of ten nadeele van hem, die wederregtelijk van zijn' eigendom ontzet is, of die in bewaring of ter leen gegeven heeft. Welke toch zou de reden der wetsbepaling zijn, zoo niet alleen in het belang van dezulken die

---

(1) Verg. MARCADÉ, IV, n. 830 en v. — (2) Zie echter ZACHARIAE, I, § 327, bl. 360, n. 6; F. DURANTON, t. a. p., bl. 154.

uitzondering was gemaakt? (1) Maar dan ligt het ook in den aard der zaak, dat zij van die bepaling afstand kunnen doen, en is dus in de bedoelde gevallen de vergelijking niet onbepaald uitgesloten. Niets toch belet, dat zij zelve in vergelijking kunnen brengen hetgeen zij te dier zake kunnen eischen, wanneer van hen eene andere schuld wordt ingevorderd. Dan bestaat ook inderdaad het geval van art. 1465, 1° of 2° niet; want dan is het niet de daar bedoelde teruggave, die geëischt wordt. De vergelijking schijnt hier alzoo ondergeschikt aan den wil van eene der partijen, en heeft daarom ook slechts in zoo ver van regtswege plaats (2).

953. Volgens art. 1365, 3° B. W. heeft verder geene vergelijking plaats ten aanzien eener schuld, spruitende uit hoofde van levensonderhoud, hetwelk verklaard is niet in beslag genomen te kunnen worden. Zoodanige vergelijking zou eene gelijke uitwerking hebben als eene beslaglegging op hetgeen niet in beslag genomen kan worden, en de schuldenaar van het onderhoud zou daardoor in een' veel voordeeliger toestand komen tegenover hem, wien het onderhoud toekomt, dan de overige schuldeischers van dezen (3). Het gezegde ziet op art. 756, 2° en 3° W. v. B. R., en dus niet alleen op gelden en jaarwedden tot onderhoud, welke door den erflater of schenker voor geene inbeslagneming vatbaar zijn verklaard, maar ook op in regten toegewezen gelden tot onderhoud, ten opzigte waarvan anders zoo iets in het bijzonder niet uitdrukkelijk is bepaald. Ook het slot van art. 756 schijnt hier bij analogie toepasselijk te zijn (4). Wanneer intusschen de schuld, die men tegenwerpt, ontstaan is uit eene levering van onderhoud, geschied ter voldoening aan de verpligting daartoe, zoo schijnt art. 1465, 3° B. W. van geene toepassing te zijn; dan toch bestaan er eigenlijk geene wederzijdsche schulden, maar er is veelmeer ter zake der enkele schuld, die bestaat, op rekening gegeven (5). Men merke voorts op, dat overigens het verbod van beslaglegging de vergelijking niet uitsluit.

954. Voor het overige maakt de verschillende aard der schulden geen onderscheid op de werking der vergelijking. Deze heeft b. v. ook plaats, wanneer de eene schuld interessen medebrengt en de andere niet (6). Dat men intusschen de vergelijking niet zou moeten

---

(1) In l. 14, § 2, C. *de compensationibus* (IV, 31), heet het ook: possessionem autem alienam perperam *occupantibus* compensatio *non datur*. — (2) Verg. TOULLIER, VII, n. 346, 396 en v. — (3) POTHIER, n. 625, 3°; TOULLIER, VII, n. 386; DE PINTO, II, § 779, 3, bl. 402; 3e uitg. § 839, 3, bl. 504; SCHÜLLER, op art. 1465 B. W. — (4) Verg. daaromtrent OUDEMAN, III, 2e uitg. bl. 158; DURANTON, XII, n. 451; MARCADÉ, IV, n. 832. — (5) Verg. TOULLIER, VII, n. 386; DURANTON, XII, n. 453. Zie ook MALLEVILLE, op art. 1293 C. N., III, bl. 130. – (6) MALLEVILLE, op art. 1290 C. N., III, bl. 126.

beperken tot verbindtenissen om iets te geven, maar haar ook zou moeten toepassen op die, welke in plaats daarvan strekken om iets te doen, wanneer, door welke omstandigheden ook, wederzijds de een voor den ander eenig werk moet verrigten van dezelfde soort, komt mij weinig aannemelijk voor, omdat zulks niet valt in de bepalingen der wet. Het zal in het belang van partijen kunnen zijn, de wederzijdsche verpligtingen tegen elkander op te heffen, maar bij het stilzwijgen der wet kan men mijns bedunkens niet aannemen, dat dit van regtswege geschiedt (1).

955. Om voor vergelijking vatbaar te zijn, moeten de schulden, volgens art. 1463 *a* B. W., beide tot onderwerp hebben eene geldsom of eene zekere hoeveelheid van zaken, die door het gebruik te niet gaan, van dezelfde soort. Het ligt in den aard der zaak, dat de vergelijking in den regel plaats heeft tusschen twee schulden, die eene geldsom tot onderwerp hebben; blijkens dit artikel is zij echter van meer algemeene toepassing. Intusschen schijnt het minder duidelijk, waarom de zaken, die over en weder verschuldigd zijn, juist door het gebruik te niet moeten gaan, en hoe dit in een noodzakelijk verband kan staan met de compensatie. Art. 3111 Ontwerp van 1820 vorderde het ook niet, maar slechts dat de verschuldigde zaken, indien ze niet in geldsommen bestaan, tot hetzelfde geslacht en dezelfde soort behooren. De bepaling der wet vindt slechts daarin hare verklaring, dat men ook hier de officiële vertaling van den C. N. is gevolgd, waar in art. 1291 reeds dezelfde uitdrukking: *zaken die door het gebruik te niet gaan*, voorkomt als eene ongelukkige overbrenging van het Fransche „choses fongibles"; onder welke zoodanige zaken verstaan moeten worden, waarvan de eene voor de andere kan gegeven worden, de res fungibiles van het Romeinsche regt, quarum una alterius vice fungitur. Daar toch eene verbindtenis verpligt tot de levering van datgene wat haar onderwerp is, en in het algemeen geen schuldeischer genoodzaakt kan worden eene andere zaak, dan die hem verschuldigd is, in betaling aan te nemen, is het zeer begrijpelijk, dat art. 1291 C. N. de vergelijking tot zoodanige zaken bepaalt (2). Hoe dit echter zij, de wet spreekt nu eenmaal bepaaldelijk van verbruikbare zaken; en waar het dus andere zaken geldt, al zijn ze ook over en weder van dezelfde soort, kunnen wel de schuldeischers over en weder, met wederzijdsche toestemming, hunne schulden tegen elkander vereffenen, maar eene vergelijking van regtswege kan mijns bedunkens, bij de stellige bepaling van art. 1643, daar niet worden aangenomen (3).

---

(1) Zie echter DURANTON, XII, n. 396. — (2) Verg. hierboven III, n. 25 *a*. — (3) Zie echter POTHIER, n. 624; TOULLIER, VII, n. 365; DURANTON, XII, n. 394.

956. Het is voorts noodzakelijk, dat de zaken zijn van dezelfde soort; omdat ieder schuldeischer als het ware zijne betaling erlangt door inhouding van hetgeen hij zelf aan den ander verschuldigd is, en eene betaling door afgifte eener zaak van eene andere soort, dan hem verschuldigd is, aan niemand kan worden opgedrongen (1). Dit vereischte moet dan ook streng worden opgevat, met inachtneming van alles wat tot de bepaling der soort in aanmerking moet komen. Hier hangt echter veel af van de meerdere of mindere bepaaldheid, bij de verbindtenis aan het onderwerp gegeven. Wanneer b. v. over en weder eene hoeveelheid rogge verschuldigd is, vindt de vergelijking gereede toepassing. Is ook het gewigt bepaald, zoo moet dit voor beide hetzelfde wezen; dit geldt ook van de plaats, waar de rogge gegroeid moet zijn. Zoo een en ander slechts ten aanzien van eene der schulden bepaald is, kunnen partijen natuurlijk het wederzijds verschuldigde wel tegen elkander verrekenen, maar schijnt er geene vergelijking van regtswege plaats te hebben, omdat de een met de levering van eene geheel andere soort van rogge kan volstaan (2).

957. Men merke voorts op, dat de wet hier spreekt van eene zekere hoeveelheid van zaken. Ook dit is juist noodig om de schuld voor vergelijking vatbaar te doen zijn. Wanneer er bepaalde zaken verschuldigd zijn, zoo bestaat er natuurlijk ook wel eene zekere hoeveelheid, maar deze strekt hier niet tot hare nadere bepaling; deze hebben de zaken dan in zich zelve, en nu zou er iets anders dan die verschuldigde zaak in betaling worden gegeven, wanneer hier vergelijking plaats kon hebben. Dit geldt ook, waar eene bepaalde partij koorn verschuldigd is; hier moet die partij zelve geleverd worden; vergelijking heeft alleen plaats, waar, zonder aanduiding van bepaalde zaken, slechts een bepaald gewigt, getal of maat van eenige soort verschuldigd is (3).

958. Op het vereischte, dat de zaken moeten zijn van dezelfde soort, wordt echter eene uitzondering gemaakt in art. 1463 *b* B. W., volgens hetwelk levering van granen en levensmiddelen, welke niet betwist worden en waarvan de waarde bij prijscouranten bepaald is, in vergelijking gebragt kunnen worden tegen vereffende en opeischbare geldsommen. Zoodanige bepaling der waarde bij prijscouranten stelt deze granen en levensmiddelen, die veelal bestemd zijn voor den

---

(1) Pothier, n. 626; toullier, VII, n. 363; zachariae, I, § 326, bl. 357, n. 7; de pinto, II, § 777, bl. 400; 3e uitg. § 837, bl. 503; schüller, op art. 1463 B. W. – (2) Verg. pothier, n. 624; toullier, VII, n. 363 en v.; duranton, XII, n. 394; zachariae, I, § 326, bl. 357 en n. 6; marcadé, IV, n. 817 en v. – (3) Verg. toullier, VII, n. 366; duranton, XII, n. 393 en v.; de pinto, t. a. p.; schüller en vernede, op art. 1365 B. W.

handel, die althans tot den loopenden prijs verkocht en gekocht kunnen worden, eenigermate met geldsommen gelijk; en vandaar de vergelijking juist met deze; want men merke op, dat de wet van geene vergelijking spreekt met andere zaken, en zelfs niet met andere granen en levensmiddelen van eene andere soort (1). Was echter de waarde niet aldus bepaald, zoo zou die van elders bepaald moeten worden; maar deze bepaling zou veelal hare moeijelijkheid hebben, en in allen gevalle zouden dan de granen en levensmiddelen niet zoodanig met geldsommen gelijk gesteld kunnen worden, als in het andere geval (2).

959. De bepaling van art. 1463 *b* B. W. is algemeen, en geldt, onverschillig uit welken hoofde de granen en levensmiddelen verschuldigd zijn (3), mits de wederzijdsche verpligting niet uit dezelfde oorzaak ontspruit, b. v. uit koop en verkoop van granen, waarvan levering en betaling gelijktijdig moet plaats hebben (4). Maar heeft hier anders de vergelijking ook van regtswege plaats op het oogenblik dat beide schulden tegelijk bestaan? Met het oog op art. 1291 C. N. was er veel grond tot eene bevestigende beantwoording der vraag, omdat de wet in het algemeen eene vergelijking van regtswege veronderstelt, en de uitdrukking *peuvent se compenser* terugslaat op de zaken zelve en niet op de personen, en daarom juist niet doet denken aan eene bevoegdheid van deze, maar eerder aan eene vatbaarheid van gene, die, terwijl zij volgens het eerste lid niet bestaat, hier bij uitzondering werd vastgesteld (5). Onze wetgever heeft echter die woorden niet vertaald door te zeggen, dat die zaken vatbaar zijn voor vergelijking, maar dat zij in vergelijking *gebragt kunnen worden*, hetgeen doet denken aan eene bevoegdheid der personen, om in vergelijking te brengen of niet te brengen zoodanige schulden, die anders wegens haar onderwerp volgens art. 1463 *a* B. W. daarvoor niet vatbaar zouden zijn. Men moge toch al met eenigen grond kunnen zeggen, dat aan het bezigen van deze of gene uitdrukking geene al te groote kracht moet worden toegekend; men moge met nog meer grond zich kunnen beroepen op dezelfde uitdrukking in andere bepalingen dezer afdeeling voorkomende, ofschoon daar aan eene vergelijking van regtswege gedacht mag worden; het komt mij evenwel voor, dat eene vergelijking van art. 1463 *b*, dat geheel facultatief luidt, met de stellige en bepaalde voorschriften van art. 1461—1463 *a*, waaraan het zich sluit, eene opvatting van het eerstgenoemde in

---

(1) ZACHARIAE, I, § 326, bl. 357, n. 10. Zie echter MARCADÉ, IV, n. 820. — (2) Verg. TOULLIER, VII, n. 368; DURANTON, XII, n. 389; ZACHARIAE, I, § 326, bl. 357 en n. 8. — (3) VOORDUIN, V, bl. 120 en v. Verg. TOULLIER, VII, n. 567. — (4) Verg. MARCADÉ, IV, n. 822. — (5) DURANTON, XII, n. 390; ZACHARIAE, I, § 326, bl. 357, n. 9; MARCADÉ, IV, n. 823.

den zin eener vergelijking van regtswege onaannemelijk maakt, maar het veelmeer moet doen beschouwen als de vaststelling eener uitzondering, die als zoodanig letterlijk moet worden opgevat. Men zal het dus naar onze wet daarvoor moeten houden, dat, wanneer aan de eene zijde eene geldsom, aan de andere granen en levensmiddelen verschuldigd zijn, beide schulden niet van zelf en van regtswege, op het oogenblik dat zij tegelijk bestaan, door vergelijking te niet gaan, maar dat hij, van wien het eene wordt gevorderd, zich kan bevrijden door een beroep op hetgeen hem toekomt, en dat dus ook eerst daardoor de schulden elkander te niet doen, met de hypotheken, voorregten en andere waarborgen, die daaraan verbonden kunnen zijn.

960. Het is niet noodig, dat de wederzijdsche schulden ter zelfder plaatse betaalbaar zijn. Dit is eene omstandigheid, die noch tot het wezen der schuld, noch tot den aard van haar onderwerp iets afdoet, en de wet spreekt daarvan niet om er de vergelijking van te laten afhangen. Het doet dan ook niets af, dat de prijzen op die verschillende plaatsen verschillende zijn (1). Alleen bepaalt art. 1468 B. W., dat, indien de wederzijdsche schulden niet ter zelfder plaatse betaalbaar zijn, ze dan niet in vergelijking kunnen gebragt worden, dan met vergoeding van de kosten der overmaking; kosten, die de een moet aanwenden om de hem verschuldigde zaak te krijgen op de plaats, waar zij anders moest geleverd worden, en die hem nu door den ander moeten worden vergoed, omdat hij anders door de vergelijking benadeeld, de ander zonder reden daardoor bevoordeeld zou worden (2).

961. Men leide intusschen uit art. 1468 B. W. niet af, dat ook in het hier bedoeld geval geene vergelijking plaats heeft, dan voor zoo ver de schulden door eene der partijen in vergelijking worden gebragt; met zoodanige opvatting zou men hier eene afwijking moeten aannemen van de beginselen van art. 1461 en v. B. W.; en hier bestaat dus de reden niet, die ons zoo even noopte tot zulk eene opvatting dierzelfde woorden in art. 1463 *b* B. W. Ook is zulks geen noodzakelijk gevolg daarvan, dat de verpligte vergoeding nog eenige vereffening noodig maakt; dit kan ook met interessen het geval zijn, maar zulks belet niet, dat de schuld zelve desniettemin voor dadelijke vereffening vatbaar is, en dit slechts vordert de wet. De bedoelde woorden van art. 1468 beteekenen alleen, dat de vergelijking der wederzijdsche schulden niet belet, dat de bedoelde kosten ook nu moeten komen ten laste van den schuldenaar, die ze anders had moeten dragen; dat hij, die nu kosten van overmaking heeft moe-

---

(1) Duranton, XII, n. 388. — (2) De pinto, II, § 781, bl 402 en v.; 3e uitg. § 841, bl. 505; schüller, op art. 1468 B. W.

ten aanwenden, de vergoeding daarvan vragen kan, en dat men in regten de vergelijking niet kan inroepen, zonder aanbod van de noodige vergoeding (1).

962. Om voor vergelijking vatbaar te zijn, moeten voorts, volgens art. 1463 *a* B. W., de beide schulden wederzijds voor eene dadelijke vereffening vatbaar zijn. Art. 1291 C. N. vordert, dat ze zijn „égalément liquides"; en men verstaat daaronder, dat niet alleen het bestaan der schuld, maar ook hare hoegrootheid, en niet alleen deze, maar ook haar bestaan zeker en buiten twijfel moet zijn (2). Hetzelfde ligt ook in de door onze wet gebezigde uitdrukking opgesloten; alleen dan toch kunnen beide schulden dadelijk vereffend worden; zij zijn daarvoor niet vatbaar, wanneer er omtrent het bestaan der schuld nog onzekerheid bestaat, of hare hoegrootheid nog nadere regeling behoeft (3). Waar dit het geval is, kan het middel van reconventie worden aangewend; en wanneer op den reconventionelen eisch de vordering des oorspronkelijken verweerders wordt toegewezen, en de alsdan geldig verklaarde en bepaalde schuld zoodanig onderwerp heeft, dat zij met de andere kan worden gecompenseerd, zal er ook wel vergelijking plaats hebben op het oogenblik, dat ook die schuld voor eene dadelijke vereffening vatbaar is geworden, maar vóór dien tijd kon, ofschoon die schuld wettig bestond, de vergelijking geen plaats hebben.

963. Intusschen is elke betwisting van het bestaan der schuld, of elke bewering, dat hare hoegrootheid nadere regeling behoeft, zoo zij van allen grond ontbloot is, niet voldoende om de vergelijking te beletten; het komt er in elk geval op aan, of die bestrijding al dan niet gegrond is. Wel kan daardoor in het algemeen eene regterlijke beslissing noodig worden, maar wanneer daarbij wordt uitgemaakt, dat de schuld inderdaad voor eene dadelijke vereffening vatbaar was, dan zal het noodzakelijk gevolg daarvan zijn, dat niet alleen hij, die de onregtmatige tegenspraak deed, in de kosten wordt veroordeeld, maar dat tevens wordt verklaard, dat beide schulden, op het oogen-

---

(1) DURANTON, XII, n. 386. Anders TOULLIER, VII, n. 400. — (2) TOULLIER, VII, n. 369 en v.; DURANTON, XII, n. 397, 399; ZACHARIAE, I, § 326, bl. 358; DE PINTO, II, § 777, bl 401; 3e uitg. § 837, bl. 503. Verg. MALLEVILLE, op art. 1291 C. N., III, bl 127 en v.; N.-Holland 22 Jan. 1846, *R. B.*, VIII, bl. 130—134. — (3) Eene schuld kan ook bestaan, zonder aan beide partijen bekend te zijn; zij kan voorts zeer goed bestaan, maar nadere bepaling behoeven. Om deze reden acht ik de aanmerking, door F. DURANTON, in *Rev. d. rev. de droit*, X, bl. 152 en v., gemaakt, dat dit vereischte in strijd zou wezen met de bepaling, dat vergelijking van regtswege, ook buiten weten der schuldenaren, plaats heeft, niet gegrond.

blik van haar gelijktijdig bestaan, door vergelijking zijn te niet gegaan (1).

964. Verder is het, volgens art. 1463 *a* B. W., noodig, dat beide schulden voor eene dadelijke opeisching vatbaar zijn; dat toch het woord *dadelijke* ook bij opeisching behoort, kan wel niet twijfelachtig zijn. De bedoeling van dit vereischte is, naar het mij voorkomt, niet, dat eene niet wettig bestaande schuld, welker voldoening in regten niet kan worden gevorderd, omdat de wet haar niet erkent, of die nog van eene opschortende voorwaarde afhankelijk is, niet vatbaar is voor vergelijking (2); dit toch is een noodzakelijk gevolg daarvan, dat tot eene vergelijking altoos twee schulden, en dus ook twee geldig bestaande schulden gevorderd worden. Maar, daar vergelijking met eene wederzijdsche betaling kan worden gelijk gesteld, en niemand behoeft te betalen vóórdat hij daartoe verpligt is, en vóórdat, wanneer aan de overigens werkelijk bestaande schuld eene tijdsbepaling was verbonden, die tijd verstreken is, zoo belet art. 1463 *a* ook de vergelijking vóórdat de schulden beide opeischbaar zijn (3). Zoodra die tijd daar is, voldoen beide schulden aan het vereischte, en oefent dus de vergelijking hare kracht uit; maar zij werkt ook eerst op dat tijdstip.

965. Dit geldt natuurlijk alleen, wanneer de schuld slechts op een bepaald tijdstip kan voldaan worden, of de bijgevoegde tijdsbepaling is gemaakt in het belang van den schuldenaar, gelijk in den regel het geval is; dan alleen is de schuld voor geene dadelijke opeisching vatbaar; zij is dit wel zoo die tijdsbepaling slechts in het belang des schuldeischers strekt. Een bekomen uitstel van betaling verhindert voorts, volgens art. 1464 B. W., de vergelijking niet. Dit geldt zoowel wanneer de regter uit kracht van art. 1302 *d* B. W. een' termijn verleend heeft, als wanneer de schuldeischer zelf den schuldenaar uitstel heeft toegestaan; de wet toch spreekt algemeen. In beide gevallen, wanneer namelijk ook in het laatste een bepaalde termijn is toegestaan, kan wel de schuld niet dadelijk worden opgeëischt, en volgens art. 1463 *a* zou dus de vergelijking uitgesloten zijn, maar men heeft dit teregt anders bepaald, omdat het uitstel, verleend om den schuldenaar, die niet aanstonds kon betalen, daar-

---

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 371; DURANTON, XII, n. 398; ZACHARIAE, I, § 326, bl. 358 en n. 2; MARCADÉ, IV, n. 824; WEVE, in *Themis*, 2, III, bl. 36 en v.; OPZOOMER, III, bl. 81 en v., die daarom opmerkt, dat de woorden „welke niet betwist worden" in art. 1463 *b* geheel overbodig zijn. — (2) Verg. DURANTON, XII, n. 400, 403 en v.; ZACHARIAE, I, § 326, bl. 358. — (3) POTHIER, n. 627; TOULLIER, VII, n. 572; DURANTON, XII, n. 400; DE PINTO, t. a. p.; SCHÜLLER, op art. 1463 B. W. Die dadelijke opeischbaarheid bestaat niet in geval van beneficiaire aanvaarding eener nalatenschap; Amsterdam 23 Nov. 1853, *W.* 1544.

door te gemoet te komen, niet buiten dit doel ten nadeele van den schuldeischer moet werken, waar hieraan voor den schuldenaar geene behoefte bestond. De opeischbaarheid was hier geschorst, maar die schorsing moest ophouden toen haar oorzaak ophield (1).

966. Het komt mij voor, dat de vergelijking ook plaats heeft, zoodra, volgens art. 1307 B. W., de schuldenaar het voorregt eener bijgevoegde tijdsbepaling niet meer kan inroepen, omdat hij in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen verklaard is, of door zijn toedoen de door hem ten behoeve van den schuldeischer gestelde zekerheid is verminderd; ook dan toch is de schuld inderdaad opeischbaar geworden; zie art. 778 W. v. K., art. 891 W. v. B. R. (2) Dat bepaaldelijk ten aanzien dier vermindering der zekerheid een regterlijk vonnis noodig kan zijn, om haar bestaan te beslissen, belet zulks, mijns inziens, niet; omdat die vermindering niet eerst een gevolg is van dat vonnis, maar onafhankelijk hiervan bestaat. Dat regterlijk vonnis, hetwelk die vermindering der zekerheid beslist, beslist dan tevens, dat de schulden door vergelijking zijn te niet gegaan op het tijdstip, waarop die vermindering heeft plaats gehad (3).

967. De wet veronderstelt in art. 1461 B. W., dat twee personen wederkeerig elkanders schuldenaren zijn, en inderdaad is het noodig, dat wederzijds dezelfde persoon, die schuldeischer van den ander is, ook zijn schuldenaar zij. Het ligt in het algemeen in den aard der zaak, dat er van regtswege geene vergelijking kan plaats hebben, waar de schuldenaar van den een een ander is dan zijn schuldeischer; en wij hebben ook reeds aangemerkt, dat, hoezeer een schuldeischer de betaling van een' derde niet kan weigeren, hij echter geene te zijnen laste bestaande inschuld van een' derde in compensatie behoeft aan te nemen tegen hetgeen hij zelf van een' ander te vorderen heeft, tenzij eerst die inschuld op zijnen schuldenaar zij overgegaan (4). Zoo heeft er ook geene vergelijking plaats tusschen hetgeen iemand voor zich zelv' van een' ander te vorderen heeft, en hetgeen dezen schuldenaar toekomt van minderjarigen, van een' lastgever, van eene in ongemeenschap van goederen gehuwde vrouw enz., wier goederen door genen worden beheerd, noch tusschen hetgeen iemand persoonlijk schuldig is, en hetgeen zijne minderjarigen, vrouw, lastgever enz. te vorderen hebben. Wel kan hij

---

(1) MALLEVILLE, op art. 1292 C. N., III, bl. 129 en v.; TOULLIER, VII, n. 373; DURANTON, XII, n. 401; DE PINTO, II, § 778, bl. 401; 3e uitg. § 838, bl. 503; SCHÜLLER, op art. 1464 B. W. — (2) Verg. hierover mr. F. A. T. WEVE, in *Themis*, 2, IV, bl. 30—46; tegen mr. H. G. LAGEMANS, in *Themis*, 2, III, bl. 690—701. — (3) Zie echter DURANTON, XII, n. 411; ZACHARIAE, I, § 326, bl. 358 en n. 11; MARCADÉ, IV, n. 827. — (4) Hierboven n. 747.

ook zelf voor dezen de betaling vorderen, maar hij is toch niet de schuldeischer, en de regten en verpligtingen van hen, wier goederen hij bestuurt, zijn niet zijne regten en verpligtingen. Bij overeenkomst kan hij met zijne partij beide schulden tegen elkander vereffenen, maar dit is niet de vergelijking, die van regtswege plaats heeft en hier bedoeld wordt. Zoo heeft er ook geene vergelijking plaats, waar iemand schuldeischer of schuldenaar is eener vennootschap en schuldenaar of schuldeischer van een' der vennooten. Maar daar een erfgenaam bij het overlijden geheel in de regten en verpligtingen van den erflater treedt, heeft er tusschen hetgeen de erflater te vorderen had en hetgeen de erfgenaam aan diens schuldenaar schuldig was, en omgekeerd, van regtswege vergelijking plaats (1).

968. Met het gezegde strijdt niet, dat een borg, gelijk art. 1466 *a* B. W. zegt, in vergelijking kan brengen hetgeen de schuldeischer aan den hoofdschuldenaar verschuldigd is. Niet alleen toch kan, volgens art. 1884 *a* B. W., de borg zich tegen den schuldeischer van alle exceptiën bedienen, die aan den hoofdschuldenaar toekomen en tot de schuld zelve behooren; maar daar door de vergelijking de tusschen den schuldeischer en den hoofdschuldenaar bestaande schulden van regtswege zijn te niet gegaan, en borgtogt zonder hoofdverbindtenis onbestaanbaar is, — zoodat het in vergelijking brengen, waarvan art. 1466 *a* spreekt, inderdaad niets anders is dan een beroep op de vergelijking en dus eene verdediging, daarop gegrond, dat de verbindtenis is te niet gegaan, — zoo kan die bepaling inderdaad overbodig geacht worden; zij is dan ook evenzeer van toepassing, wanneer de borg zich als zoodanig hoofdelijk met den hoofdschuldenaar heeft verboden, als wanneer dit niet geschied is, omdat ook dan desniettemin de hoofdschuldenaar hoofdschuldenaar is gebleven (2).

969. Maar een borg kan ook tegen den schuldeischer in vergelijking brengen hetgeen deze aan hem verschuldigd is. Daar hij niet de eigenlijke schuldenaar is, maar zich slechts tot zekerheid voor de betaling der schuld verbonden heeft, kan hier wel de vergelijking niet van regtswege werken bij het gelijktijdig bestaan der verbindtenis van den borg en van de schuld des schuldeischers jegens hem; maar wanneer deze de betaling van hem vordert en dus gebruik maakt van de schuld, die de borg te zijnen behoeve heeft op zich genomen, dan, maar ook slechts van dien tijd af, oefent de vergelijking hare werking en kan de borg zich daarop beroepen. Het ge-

---

(1) Verg. hierbij POTHIER, n. 630, 632; TOULLIER, VII, n. 375, 378, 380; DURANTON, XII, n. 413 en v.; ZACHARIAE, I, § 325, bl. 358 en v. en bl. 359, n. 1 en v.; MARCADÉ, IV, n. 816. — (2) Verg. hierbij DURANTON, XII, n. 423; MARCADÉ, IV, n. 834.

volg is dan ook, dat de beide schulden over en weder zijn te niet gegaan, en ten aanzien der verbindtenissen tusschen den schuldeischer en den hoofdschuldenaar, en tusschen dezen en den borg, is het even alsof de borg werkelijk had betaald (1).

970. Maar de hoofdschuldenaar kan, volgens art. 1466 *a* B. W., niet in vergelijking brengen, hetgeen de schuldeischer aan den borg verschuldigd is. Het zoo even gezegde wijst aan, dat hier geene vergelijking plaats heeft, behalve in het genoemde geval; de hoofdschuldenaar kan er zich dus ook niet op beroepen; zijne verbindtenis is ook niet van de verpligting van den borg afhankelijk (2). Op gelijke wijze kan een borg zich ook niet beroepen op eene vergelijking der schuld met hetgeen een medeborg van den schuldeischer te vorderen had (3).

971. Eveneens mag, volgens art. 1466 *b* B. W., een hoofdelijke schuldenaar niet in vergelijking brengen hetgeen door den schuldeischer aan zijnen medeschuldenaar verschuldigd is. Beschouwt men de hoofdelijke schuldenaren als tezamen schuldig, gelijk zij ook onderling slechts voor hun aandeel tot de schuld behoeven bij te dragen, zoo zou men geneigd zijn om, zoodra één hunner tevens schuldeischer van den schuldeischer is, voor zijn aandeel tevens eene vergelijking aan te nemen, waardoor de geheele schuld voor zoo ver zou worden verminderd, en dan ook ten aanzien der medeschuldenaren. Maar ieder der hoofdelijke schuldenaren is tevens schuldenaar voor het geheel tegenover den schuldeischer, zoodat deze zijn regt tegen hem vervolgen kan, even alsof hij alleen schuldenaar was, en alsof er geene betrekking tusschen den schuldeischer en de andere schuldenaren bestond. Vanhier dat hij zich, volgens art. 1323 *b* B. W., niet kan bedienen van zoodanige exceptiën, die enkel aan andere medeschuldenaren eigen zijn; maar vanhier ook de bepaling van art. 1466 *b* B. W., waarvoor men mijns bedunkens een voldoenden grond daarin kan vinden, dat in den persoon van den hoofdelijken schuldenaar, van wien de betaling gevorderd wordt, de hoedanigheden van schuldeischer en schuldenaar zich niet vereenigen (4). Hetzelfde geldt waar de schuldenaar tevens schuldeischer is van een' zijner hoofdelijke schuldeischers (5).

972. Art. 1466 *b* B. W. stemt overeen met art. 1294 *c* C. N. Het spreekt te duidelijk en te algemeen, dan dat men het zou mogen

---

(1) DURANTON, XII, n. 425, 427; MARCADÉ, IV, n. 835. — (2) DURANTON, XII, n. 424. — (3) DURANTON, XII, n. 426. Verg. MARCADÉ, IV, § 836. — (4) Verg. hierboven n. 272, 288 en v.; MALLEVILLE, op art. 1294 C. N., III, bl. 131 en v. Verg. echter DURANTON, XII, n. 429, die de bepaling afkeurt; zoo ook ZACHARIAE, I, § 329, bl. 362; F. DURANTON, t. a. p., bl. 154; MARCADÉ, IV, n. 837 en v. — (5) Verg. hierboven n. 272; *Regtsg. Adv.*, V, bl. 126 en v.

opvatten en toepassen, gelijk TOULLIER wil, alsof er aan het slot ware bijgevoegd: „behalve voor het aandeel van dien medeschuldenaar"; of dat men met DURANTON, naar aanleiding van art. 1331 B. W., zou mogen onderscheiden tusschen het geval, dat de zaak, waarvoor verscheidene personen zich als hoofdelijke medeschuldenaren hebben verbonden, slechts één' van hen aangaat, en dat, waarin ze allen betreft, om dan art. 1466 *b* B. W. alleen op het eerste geval toe te passen (1). Het spreekt intusschen van zelf, dat, niettegenstaande de hoofdelijkheid der verbindtenis, de schuldenaar zelf, van wien de schuldeischer de betaling vordert, zoo die tevens schuldeischer van dezen is, zich op de vergelijking kan beroepen, gelijk ook, dat hij van zijnen kant de schuld op die wijze kan vereffenen. En waar dit heeft plaats gehad, daar vernietigt de vergelijking de schuld, even alsof die schuldenaar betaald had, en worden dus de overige schuldenaren voor zoo ver ook tegenover den schuldeischer bevrijd. Dit ligt in den aard der zaak, en de bepaling van art. 1466 *b* is vreemd aan dit geval en strijdt dus niet daartegen (2).

973. Wat voorts den schuldeischer en den schuldenaar betreft, hunne persoonlijke bekwaamheid of onbekwaamheid komt hier in geene aanmerking. Al is de een ook onbevoegd om te ontvangen, of de ander onbekwaam om te betalen, zoo belet dit de vergelijking niet, die hunne medewerking niet behoeft, maar van regtswege plaats heeft (3).

974. Ook is in het algemeen de vergelijking niet uitgesloten, wanneer de staat of de schatkist schuldeischer en schuldenaar tevens is van eenen ingezeten. Ten aanzien van gewone schulden, uit eenige burgerlijke handeling voortgesproten, gelden dus zonder twijfel ook hier de algemeene regelen (4). Ten aanzien van schulden, voortspruitende uit belastingen, is het algemeen gevoelen, dat daartegen geene vergelijking is toegelaten met eene inschuld ten laste van den staat (5). Toen bij de beraadslagingen over den C. N. deswege eene bepaling werd verlangd, werd ten antwoord gegeven, dat zulks noodeloos zou zijn, en dat zoodanige vergelijking nooit was toegelaten. Hoezeer ik nu van meening ben, dat deze omstandigheid geen regt geeft om met DABELOW te stellen, dat men het uit dien hoofde moet

---

(1) TOULLIER, VII, n. 377; DURANTON, XII, n. 430. — (2) Verg. hierboven n. 290. In n. 272 hebben wij de bepaling van art. 1466 *b* nog analogisch toegepast op het geval, dat een der hoofdelijke schuldeischers tevens schuldenaar is van den schuldenaar. Zie hiertegen nog DURANTON, XII, n. 428. — (3) DURANTON, XII, n. 445; ZACHARIAE, I, § 326, bl. 359, 1°. — (4) MALLEVILLE, op art. 1293 C. N., III, bl. 131. — (5) Verg. MALLEVILLE, op art. 1293 C. N., III, bl. 130 en v.; DABELOW, § 1099, II, bl. 349 en v.; DURANTON, XII, n. 420; ZACHARIAE, I, § 327, bl. 361 en n. 3.

beschouwen, alsof het uitdrukkelijk in het Wetboek was bepaald; en hoezeer men mijns bedunkens ook niet met grond kan zeggen, dat zoodanige uitzondering vreemd zou zijn aan het burgerlijk regt, omdat zij aan den eenen kant zeer zeker een onderwerp van burgerlijk regt betreft, en het aan de andere zijde, wanneer men daarop bouwen wilde, de vraag zou zijn, of zij bij eenige andere wet is vastgesteld, — geloof ik echter, dat men in het algemeen het aangenomen gevoelen moet volgen, op grond eener uitdrukkelijke bepaling van art. 1463 *a* B. W., in verband met de bestaande inrigting van de finantiële administratie van den staat. Wanneer toch een ingezeten zich tegenover den ontvanger der belastingen wilde beroepen op eene vordering, die hij heeft ten laste van den staat, zoo zou deze schuld, al ware zij overigens, op zich zelve beschouwd, bepaald en opeischbaar, echter in verband met de verschuldigde belastingen niet voor eene dadelijke vereffening vatbaar zijn, omdat de ontvanger niet bevoegd zou zijn om die schuld te vereffenen, en de andere partij haar niet van den ontvanger zou kunnen opeischen. Alleen waar dit mogelijk is, kan ook de vergelijking worden toegelaten, die daardoor ten aanzien van den staat ongetwijfeld tot enkele gevallen wordt beperkt, en slechts kan te pas komen, wanneer de wederzijdsche schulden tot eene gelijke afdeeling der geheele administratie behooren (1).

975. Vergelijking heeft voorts, volgens art. 1470 *a* B. W., geen plaats ten nadeele der verkregen regten van een' derde (2). Het tweede lid ontwikkelt dit door een voorbeeld, dat als zoodanig aan de algemeenheid der bepaling van het eerste lid niets ontneemt. „Aldus kan hij die, schuldenaar zijnde, schuldeischer geworden is, nadat op het door hem verschuldigde door eenen derde is beslag gelegd, zich niet, ten nadeele van den inbeslagnemer, van de schuldvergelijking bedienen." Op zich zelf konden natuurlijk die schulden voor vergelijking vatbaar zijn; ten aanzien van den schuldeischer en den schuldenaar oefent deze dan ook hare werking uit, voor zoo ver dit behoudens de regten der beslagleggers mogelijk is; want men merke op, dat de wet bepaaldelijk belet, dat men zich ten nadeele van den inbeslagnemer daarvan bediene. Door het gelegd beslag verloor de schuldenaar de bevoegdheid om ten nadeele van den beslaglegger aan zijnen schuldeischer te betalen; en het ligt dus ook in den aard der zaak, dat geene betaling bij wijze van vergelijking moest kunnen plaats hebben (3). Teregt is echter door eene uitdrukkelijke

---

(1) TOULLIER, VII, n. 379; ZACHARIAE, I, § 327, bl. 361. — (2) Verg. TOULLIER, VII, n. 394; DURANTON, XII, n. 444; ZACHARIAE, I, § 326, bl. 359 en v.; MARCADÉ, IV, bl. 846. — (3) SCHÜLLER, op art. 1470 B. W.

bepaling alle twijfel dienaangaande weggenomen, en daarmede tevens de mogelijkheid om door zamenspanning van eenen schuldenaar met zijn' schuldeischer de regten van den derde, die beslag heeft gelegd, te verkorten.

976. De wet veronderstelt, dat de schuldenaar schuldeischer geworden is na het leggen van het beslag. Zoo hij dit reeds vroeger was, zou ook reeds vóór de beslaglegging vergelijking hebben plaats gehad, en de schuldenaar dus geen schuldenaar meer zijn, zoo namelijk beide schulden van dien aard waren, dat vergelijking mogelijk was. Wanneer men intusschen dit laatste vereischte in aanmerking neemt, zou men geneigd kunnen zijn om aan te nemen, dat de bepaling niet geheel juist is geredigeerd, en dat de vergelijking tevens moet zijn uitgesloten, wanneer de schuldenaar wel reeds vóór de beslaglegging schuldeischer was, maar deze schuld eerst later voor dadelijke vereffening of opeisching vatbaar is geworden. Ook dan toch was de schuld ten tijde der beslaglegging nog niet door vergelijking te niet gegaan (1). Hiertegen schijnt echter met grond te kunnen worden aangevoerd, dat er, wanneer de schuld vroeger reeds bestond, niet zoodanige vrees voor zamenspanning bestaat; dat er dan geene reden was om hem, die werkelijk schuldeischer was, ter gunste van een' beslaglegger te berooven van een voordeel, waarop hij kon rekenen; en dat men in allen gevalle, nu de wet zoo luidt als zij luidt, haar geene meer beperkende strekking ten nadeele der vergelijking mag toekennen (2).

977. Voor het overige heeft de vergelijking van regtswege plaats, zelfs buiten weten der schuldenaren, gelijk art. 1462 B. W. zegt, en de beide schulden vernietigen elkander over en weder, op het oogenblik dat zij tegelijk bestaan, ten beloope van haar wederkeerig bedrag. En indien er verscheidene voor vergelijking vatbare en van denzelfden persoon vorderbare schulden bestaan, moet men ook hier, volgens art. 1469 B. W., de regelen volgen, welke omtrent de toerekening bij betaling in art. 1435 zijn voorgeschreven.

978. De uitdrukkelijke vermelding van art. 1435 sluit eene regeling door partijen uit, gelijk ook bij eene vergelijking van regtswege aan geene kwijting kan gedacht worden (3). Dit belet echter niet, dat, bij het aangaan der nieuwe schuld, door partijen kan worden bepaald, welke schuld daardoor vernietigd worden zal. De bevoegdheid daartoe kon de wet bezwaarlijk ontnemen; in dat geval is ook de vernietiging der eene schuld geen wettelijk gevolg van het bestaan der andere, maar van de overeenkomst zelve, en art. 1469 mist dus

---

(1) Verg. DURANTON, XII, n. 442. — (2) Verg. ook DURANTON, XII, n. 443. — (3) MARCADÉ, IV, n. 845.

hare toepassing. Ook wanneer er reeds door het gelijktijdig bestaan der schulden vergelijking heeft plaats gehad, zijn partijen op zich zelve tot eene andere regeling niet onbevoegd, maar er kan door haar in de wettelijke regeling geene verandering meer gemaakt worden ten nadeele van derden (1).

979. De verwijzing naar art. 1435 B. W. wijst aan, dat de vergelijking in de eerste plaats die schuld treft, welke de schuldenaar, onder de tegelijk vervallen schulden, destijds het meeste belang had te voldoen; dat, zoo ze van gelijken aard zijn, de toerekening op de oudste moet gedaan worden; en dat zij, zoo alles gelijk staat, geschiedt op elke schuld naar evenredigheid. Al hetgeen daar toch voorkomt omtrent niet vervallen schulden, kan bij de vergelijking geen toepassing vinden.

980. Nevens art. 1435 had echter ook wel art. 1433 B. W. mogen vermeld worden, zoodat de vergelijking in de eerste plaats de verschuldigde interessen treft, en daarna de hoofdsom. Dat dit werkelijk alzoo moet worden aangenomen, schijnt mij althans niet twijfelachtig te zijn (2).

981. De vernietiging van regtswege heeft ten gevolge, dat van eene latere verjaring der schulden geen sprake meer kan zijn; dat de interessen eveneens van regtswege aanstonds ophouden te loopen, onverschillig of de wederzijdsche schulden interessen medebragten of wel ééne van haar alleen; en in het algemeen, dat de schuld zelve niet meer bestaat, en dus met haar de daaraan verbonden voorregten, hypotheken en verdere accessoria zijn opgeheven, en eene latere overdragt dan ook wel niet meer mogelijk kan zijn (3).

982. Vanhier dat hij, die eene schuld betaald heeft, welke van regtswege door vergelijking was vernietigd, betaald heeft wat hij niet schuldig was, en dus het betaalde kan terugvorderen. Art. 1471 B. W. spreekt van het invorderen der inschuld, die hij niet in vergelijking heeft gebragt, maar dit schijnt minder juist en kwalijk vereenigbaar met eene werking van regtswege (4). Het ligt dan ook in den aard der zaak, wat art. 1471 zegt, dat hij zich niet meer ten nadeele van derden kan bedienen van de voorregten en hypotheken, welke aan die inschuld waren verbonden. Inderdaad toch is het niet meer de vernietigde schuld, die hij invordert, maar eene nieuwe, waaraan die voorregten en hypotheken niet verbonden waren (5). De

---

(1) Duranton, XII, n. 455. — (2) Toullier, VII, n. 387. — (3) Toullier, VII, n. 389 en v.; duranton, XII, n. 382. — (4) Verg. echter zachariae, I, n. 328, bl. 361, n. 12; opzoomer, III, bl. 84 en v. — (5) Dabelow, § 1100, II, bl. 352 en v. Het is daarom minder juist, bij dit artikel te spreken van eene *verpligting* tot compensatie; zoo als bergman, § 230, n. 6, bl. 366. Verg. voorts pothier, n. 639, marcadé, IV, n. 847 en v.

eigenlijke kracht der bepaling van art. 1471 is dan ook gelegen in de aan het slot bijgevoegde uitzondering: „ten ware hij eene wettige reden van onkunde mogt gehad hebben omtrent het bestaan der inschuld met welke zijne schuld had moeten worden in vergelijking gebragt", of liever der inschuld, die de zijne door vergelijking had vernietigd.

983. De wet spreekt van eene *wettige* reden van onkunde; zoo had men trouwens in de officiële vertaling van den C. N. in art. 1299 de woorden „juste cause" vertaald. Men zal daarin dan ook niets meer moeten zoeken, dan deze woorden te kennen geven; zoodat geen beroep op de wet noodig, maar het genoeg is, dat iemand uit eenige oorzaak, die den regter aannemelijk voorkomt, met het bestaan der inschuld, tegen welke de zijne te niet ging, of wel met hare vatbaarheid voor vergelijking — dit toch schijnt men uit het slot van art. 1471 in zijn geheel genomen er te mogen bijvoegen — niet bekend is geweest; of liever, dat het in allen gevalle genoeg is te bewijzen, dat men daarvan onkundig was, maar dat men, waar dit bewijs niet wel mogelijk is, ook volstaan kan met de aanwijzing van zoodanige oorzaak van onbekendheid (1). In dit geval heeft de wetgever hem, die betaald heeft, geen nadeel willen doen lijden, en daarom de aan de schuld verbonden voorregten en hypotheken, hoezeer inderdaad te niet gegaan, op zijne nieuwe vordering overgebragt; gelijk hij dit zonder wezenlijk nadeel van derden kon, omdat zij aan de oude schuld verbonden waren, in wier plaats de nieuwe is getreden, zonder dat dit voor derden eenig onderscheid maakt. Meer juist ware het intusschen misschien geweest, wanneer de bepaling aldus luidde: hij, die eene schuld betaald heeft, welke van regtswege door vergelijking vernietigd was, terwijl hij uit eenige aannemelijke oorzaak niet wist, dat er vergelijking had plaats gehad, zal, bij de terugvordering van het aldus onverschuldigd betaalde, genot hebben van de voorregten en hypotheken, welke aan die schuld verbonden waren.

984. De bepaling van art. 1471 B. W. is zeer zeker eene afwijking van hetgeen naar regt zou plaats hebben, en eene uitbreiding daarvan tot den aan den oude schuld verbonden borgtogt kan daarom, mijns bedunkens, niet geoorloofd zijn (2). Overigens merke men nog op, dat zij alleen geldt voor het geval, dat er van regtswege vergelijking heeft plaats gehad. Waar de beide schulden niet alle ver-

---

(1) ZACHARIAE, I, § 328, bl. 361 en v., n. 14; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1471 B. W. Verg. ook DURANTON, XII, n. 435, 456; TOULLIER, XII, n. 391. — (2) Zie echter DURANTON, XII, n. 457; ZACHARIAE, I, § 328, bl. 361, n. 13.

eischten daartoe in zich vereenigden, is art. 1471 ook op hem niet toepasselijk, die zijnerzijds eene daarvoor vatbare inschuld had (1).

985. Dat de vergelijking van regtswege plaats heeft, sluit mijns bedunkens niet in, dat men daarvan vooraf, bij het aangaan der nieuwe schuld, geen' afstand kan doen. Zoodanig beding toch benadeelt derden niet in hunne wezenlijke regten, en gaat alleen de partijen aan; het strijdt in geenen deele met de goede zeden, noch ook met de openbare orde, vermits de vernietiging van schulden door vergelijking alleen in het belang van partijen is vastgesteld; en de wet sluit dergelijke clausule niet uit. Men kan zich hier ook niet beroepen op art. 1984 B. W., volgens hetwelk men vooraf geen' afstand kan doen van de verjaring, hoezeer men dit wel kan van eene verjaring, welke reeds verkregen is. Behalve toch, dat hier eene uitdrukkelijke uitsluiting heeft plaats gehad, die men ten aanzien der vergelijking nergens vindt, is ook de grond van art. 1984 meer in de publieke orde te zoeken, en in de vrees dat men te gemakkelijk afstand zou doen van eene nog niet bestaande verjaring, en dat zoodanige voorafgaande afstand ligt een gewoon bestanddeel worden zou van alle schuldbekentenissen, terwijl het vermoeden van betaling er niet door wordt opgeheven, en in het algemeen het doel, waarmede de verjaring is vastgesteld, daardoor zou verijdeld worden. Het een en ander vindt geene toepassing ten aanzien der vergelijking (2).

986. Op het oogenblik, dat de vergelijking plaats zou hebben, kan dus daarvan afstand worden gedaan, gelijk ook later, mits hij, die afstand doet, de vrije beschikking over zijne regten heeft. Dit is noodig, omdat hier eene instandhouding of wel eene herstelling eener schuld, die krachtens de wet zou te niet gaan of wel reeds te niet gegaan is, en mitsdien eene verbindtenis zou plaats hebben. Die afstand kan uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend gedaan worden en afgeleid uit daden, welke dien noodwendig doen veronderstellen; maar ook hier moet niet te ligt zoodanige afstand vermoed worden, zoo die niet noodzakelijk uit de handelingen voortvloeit. Zoo belet eene gedeeltelijke betaling eener vernietigde schuld niet, dat men voor het overige zich op de vergelijking kan beroepen (3).

987. Een voorbeeld van zoodanigen stilzwijgenden afstand geeft art. 1467 *a* B. W., waar verondersteld wordt, dat, nadat er vergelijking heeft plaats gehad, de gewezen schuldenaar heeft toegestemd in de overdragt van regten, ten aanzien eener alzoo vernietigde schuld door den schuldeischer aan eenen derde gedaan. Wanneer hij daarin

(1) DURANTON, XII, n. 458. — (2) Zoo ook ZACHARIAE, I, § 327, bl. 360 en n. 3; F. DURANTON, t. a. p., bl. 155; MARCADÉ, IV, n. 823. Anders TOULLIER, VII, n. 393. — (3) Verg. ZACHARIAE, I, § 328, bl. 361; *Vrag. v. Ned. R.*, II, bl. 89 en v.

zuiver en eenvoudig heeft toegestemd, kan hij zich niet meer tegen dien derde bedienen van de vergelijking, welke hij vóór die overdragt aan zijn' schuldeischer had kunnen tegenwerpen; niet zoo zeer omdat hij daardoor afstand heeft gedaan van de exceptiën, die hij in het algemeen tegen zijn oorspronkelijken schuldeischer had, maar omdat hier bepaaldelijk afstand is gedaan van de werking der vergelijking, en de schuldenaar daardoor met zijne toestemming op gelijke wijze aan den derde verbonden is geworden, als hij dit vroeger jegens den anderen schuldeischer was.

988. De werking van dien afstand bepaalt zich echter tot hetgeen art. 1467 *a* B. W. zegt. Daartoe is de gewezen schuldenaar bevoegd, maar de voorregten, hypotheken en borgstellingen, die aan de schuld verbonden waren, doch met hare vernietiging door vergelijking te niet gingen, kan hij niet in het leven terugroepen; de derde kan zich daarvan niet bedienen, al was ook de schuldenaar onkundig van eene plaats gehad hebbende vergelijking. Hetgeen toch art. 1471 B. W. bepaalt, ziet niet op een' derde, maar op den schuldenaar zelven. En voor dezen kan dan ook zoodanige toestemming in eene overdragt met eene betaling gelijk gesteld worden. Hij kan dus zijne inschuld tegen zijnen schuldenaar doen gelden, en hij kan zich daarbij tevens, op grond van art. 1471 B. W., van de voorregten en hypotheken bedienen, welke aan de inschuld verbonden waren, indien, maar ook alleen indien hij onkundig was van de plaats gehad hebbende vergelijking; maar de derde, aan wien overdragt is gedaan, heeft geen genot van voorregten en hypotheken, die niet meer bestaan (1). Aan den anderen kant geeft echter ook de onkunde, waarvan wij spraken, hem, die in de overdragt toestemde, geen regt om zich tegen den derde in zijn geheel te laten herstellen (2).

989. Art. 1467 *a* B. W. veronderstelt, dat de schuldenaar door eene uitdrukkelijke erkenning zuiver en eenvoudig, d. i. zonder voorbehoud, in de overdragt van regten heeft toegestemd. Wanneer hij dit niet heeft gedaan, maar de overdragt hem slechts is beteekend geworden, kan er van geen door hem gedanen afstand sprake zijn; art. 1467 *b* B. W. zegt daarom, dat zoodanige overdragt met beteekening slechts de vergelijking verhindert der schulden, welke na de gedane beteekening zijn aangegaan. Eene vergelijking, die reeds heeft plaats gehad, kan daardoor ook hare kracht niet verliezen; aan den anderen kant kan geene vergelijking meer plaats hebben, nadat de schuldenaar van den schuldenaar heeft opgehouden zijn schuldeischer

---

(1) DURANTON, XII, n. 434 en v. — (2) DURANTON, XII, n. 436; ZACHARIAE, I, § 329, bl. 362, n. 10; MARCADÉ, IV, n. 842.

te zijn (1). Art. 1467 *b* zou dus eigenlijk als overbodig beschouwd kunnen worden, en schijnt alleen ter gelegenheid en ter nadere bepaling van het eerste lid te zijn vastgesteld.

990. Het schijnt echter tevens niet juist te bepalen, wat het moest. De beteekening toch verhindert niet slechts de vergelijking der schulden, welke beide later zijn aangegaan, maar ook die eener vroegere met eene later aangegane schuld, en zelfs die van schulden, die ten tijde der beteekening de vatbaarheid voor vergelijking niet bezaten. Ook hier toch bestond nog geene vergelijking, en het bestaan eener schuld ten laste van den schuldeischer ontnam hem zijne bevoegdheid tot overdragt niet; maar na die overdragt zijn de hoedanigheden van schuldeischer en schuldenaar niet meer in denzelfden persoon vereenigd gebleven. Men kan ook moeijelijk aannemen, dat de wetgever inderdaad iets anders heeft willen bepalen; eene vergelijking toch van art. 1467 *a* en *b* B. W. maakt het aannemelijk, dat hier gedacht moet worden aan eene vergelijking, die ten tijde der beteekening nog niet kon worden tegengeworpen (2).

AFDEELING V.

§ 10.

Van schuldvermenging.

991. Vermenging is in het algemeen eene vereeniging van onderscheidene zaken, vooral zoo die eene ineensmelting of oplossing van de eene in de andere ten gevolge heeft. Zulks kan ook in regten zijne gevolgen hebben, vooreerst wanneer het ligchamelijke zaken betreft, wier vereeniging, door regt van natrekking, eigendomsregten geeft, die men vroeger niet had, art. 662 en v. B. W.; ten tweede wanneer het zakelijke regten betreft, welke, afgescheiden geweest zijnde van den eigendom, die ze anders alle omvat, met den aldus beperkten eigendom hereenigd worden, art. 753, 765 1°, 783, 801, 854 3°, 865 B. W.; ten derde wanneer bij verbindtenissen regt en

(1) MALLEVILLE, III, bl. 132; DURANTON, XII, n. 437; SCHÜLLER, op art. 1467 B. W. — (2) Verg. DURANTON, XII, n. 438 en v.

verpligting zich in één' persoon vereenigen (1). Dan heeft er *schuldvermenging* plaats, die men kan bepalen als de vernietiging eener verbindtenis door de vereeniging der hoedanigheden van schuldeischer en schuldenaar in denzelfden persoon (2).

992. „Wanneer de hoedanigheden van schuldeischer en schuldenaar zich in denzelfden persoon vereenigen", zegt art. 1472 B. W., „heeft van regtswege eene schuldvermenging plaats, waardoor de schuldvordering vernietigd wordt". Dit kon wel niet anders; eene verbindtenis en daarop gegronde schuldvordering toch veronderstelt eene betrekking tusschen twee of meer personen, waarvan de een tegenover den ander een regt, en deze tegenover genen eene verpligting heeft. Waar regt en verpligting zich in één' persoon vereenigen, daar kan dus geene verbindtenis meer bestaan, omdat niemand zijn eigen schuldeischer en schuldenaar kan zijn. De vernietiging is daarom een noodzakelijk gevolg der schuldvermenging, en ontstaat van regtswege door de vereeniging van hoedanigheden, die slechts bij meer personen als zoodanig kunnen bestaan.

993. En om die reden acht ik het dan ook niet juist, te zeggen, dat een tegenstrijdig beding, stilzwijgend of uitdrukkelijk, die werking der vereeniging kan opheffen (3). Wel kan bij overeenkomst eene nieuwe verbindtenis geschapen worden, waardoor iemand, in de plaats van den vroegeren schuldenaar, en naar aanleiding der vroegere verbindtenis, zich jegens den gewezen schuldeischer verbindt; — het ligt toch in den aard der zaak, dat de schuldvermenging de bevoegdheid niet opheft om verbindtenissen aan te gaan van gelijke strekking als die, welke te niet gegaan is; — maar zoodanige overeenkomsten heffen zoo weinig de schuldvermenging op, dat zij juist een gevolg van deze zijn, en haar bestaan dus uitdrukkelijk erkennen. Zij zijn de bron eener nieuwe verbindtenis, waaraan partijen zoodanige zekerheid kunnen verbinden als zij verkiezen, maar nergens is aan haar de bevoegdheid toegekend om de voorregten en hypotheken, en wat meer aan de vernietigde schuld verbonden en daarmede te niet gegaan was, op de nieuwe over te brengen. Hetzelfde geldt ook van art. 1575 B. W., volgens hetwelk de kooper eener erfenis verpligt is aan den verkooper te voldoen hetgeen deze als schuldeischer

---

(1) TOULLIER, VII, n. 421; DURANTON, XII, n. 467. — (2) Verg. v. ASSEN, § 441, bl. 486. MARCADÉ, IV, n. 853, 859, stelt het begrip ruimer en erkent schuldvermenging bij vereeniging in denzelfden persoon van twee hoedanigheden, die onderling onvereenigbaar zijn en wier zamenloop de verbindtenis onmogelijk maakt. — (3) Zie echter TOULLIER, VII, n. 348; DURANTON, XII, n. 487; MARCADÉ, IV, n. 861. In l. 7 C. *de pactis* (II, 3), en l. 2, § 18 en v. D. *de heredit. vend.* (XVIII, 4), waarop TOULLIER zich beroept, wordt ook van geen zoodanig uitdrukkelijk of stilzwijgend beding geproken.

der erfenis te vorderen had, ten ware het tegendeel mogt zijn bedongen. Dit heeft de wetgever aldus bepaald, omdat de verkooper hier juist met de erfenis, waarin zijne inschuld was begrepen, al het genot overdraagt der hoedanigheid, waardoor die schuld was te niet gegaan, en — daar men met grond zoodanige bedoeling bij deze mogt veronderstellen, — opdat partijen niet noodig zouden hebben het uitdrukkelijk te bedingen. Maar, terwijl die verkoop eerst tot stand komt, nadat de schuldvermenging heeft plaats gehad, en de kooper, vóórdat de koop gesloten is, geen bevoegdheid had om over het al of niet werken dier vermenging bedingen te maken, zoo wordt deze ook hier niet opgeheven; de verkoop der erfenis brengt eene schuld ten laste van den kooper voort, maar doet de oude schuld niet herleven. De wet stelt haar voor als eene persoonlijke verbindtenis van den kooper, en wanneer aan de vroegere schuld eene hypotheek verbonden was, kan de verkooper der erfenis van die eens vernietigde hypotheek geen gebruik meer maken. Het gevolg, dat de schuldvermenging als zoodanig noodwendig hebben moet, is dus niet opgeheven; integendeel is er juist zulk eene overeenkomst of wettelijke bepaling noodig om eene nieuwe verbindtenis te doen bestaan, daar de oude te niet gegaan is.

994. Art. 1300 C. N. spreekt van „confusion qui éteint les deux créances"; en het schijnt, dat bij de redactie daarvan eenige verwarring van schuldvermenging met vergelijking van schuld heeft plaats gehad. Deze vernietigt twee schulden; gene kan slechts ééne vernietigen, omdat er slechts ééne schuld bestaat met het daartegenoverstaand regt aan de andere zijde. Het was dus een kennelijke misslag, gelijk de Regering zeide, die teregt in onze wet verbeterd is (1).

995. Minder juist schijnt de uitdrukking, dat door schuldvermenging de *schuldvordering* vernietigd wordt; zij is in art. 1417 B. W. opgenoemd onder de wijzen, waarop *verbindtenissen* te niet gaan, en vernietigt dus de verbindtenis zelve, met al hetgeen daartoe behoort, evenzeer als betaling enz. (2). Vanhier dat schuldvermenging, welke in den persoon van den hoofdschuldenaar plaats vindt, volgens art. 1473 *a* B. W. ook ten voordeele zijner borgen strekt. En dat bij de berekening van het wettelijk erfdeel ook in aanmerking moeten komen inschulden, ten laste van een' erfgenaam, die regt op dat erfdeel heeft, mag hiertegen niet worden aangevoerd, vermits de

---

(1) Voorduin, V, bl. 122; asser, § 732, 1°; de pinto, II, § 784, bl. 403; 3e uitg. § 844, bl. 506. Verg. duranton, XII, n. 467; zachariae, I, § 330, bl. 362, n. 12; marcadé, IV, n. 854. — (2) Toullier, VII, n. 422, 424. Verg. echter duranton, XII, n. 481; zachariae, I, § 330, bl. 363 en n. 2.

schuldvermenging, die eerst na den dood des erflaters kan werken, niet van invloed kan zijn bij de vraag, wat er aanwezig was op het tijdstip van dat overlijden, wat de erflater had, en waarover hij, naar de wet, kon beschikken (1).

996. Het is niet noodig, dat de hoedanigheden van schuldeischer en schuldenaar zich in denzelfden persoon vereenigen voor de geheele schuld; ook voor zoo ver die vereeniging plaats heeft, vindt de algemeene bepaling van art. 1472 B. W. toepassing. De vernietiging geschiedt dus voor het geheel of voor een gedeelte, naarmate de vereeniging voor het geheel of voor een gedeelte der schuld heeft plaats gehad; en in het laatste geval voor een gelijk deel (2). Wij vinden hiervan eene toepassing in art. 1473 *c* B. W.

997. Eveneens heeft er natuurlijk juist vernietiging plaats van die verbindtenis, te wier aanzien de hoedanigheid van schuldeischer en schuldenaar in één' persoon vereenigd zijn, en van geene andere, die daarvan onafhankelijk zijn. Aan den anderen kant moet de vernietiging noodwendig ook zulke verbindtenissen treffen, welke van die andere een uitvloeisel zijn en dus in haar lot moeten deelen.

998. Vanhier dat de schuldvermenging, welke in den persoon van den hoofdschuldenaar plaats vindt, of liever, die plaats vindt door de vereeniging der hoedanigheid van hoofdschuldenaar met die van schuldeischer in één' persoon (3), volgens art. 1473 *a* B. W. ook ten voordeele van des eersten borgen strekt. Men behoeft zich hierbij niet eens te beroepen op de bepaling van art. 1876 B. W., dat de borg, die betaald heeft, zijn verhaal heeft op den hoofdschuldenaar, zoodat de vordering van den schuldeischer door die van den borg zou worden geneutraliseerd (4); er kan toch, volgens art. 1858 *a* B. W., geen borgtogt bestaan, zonder dat er eene wettige hoofdverbindtenis bestaat.

999. Maar vandaar ook dat, volgens art. 1473 *b* B. W., de schuldvermenging, welke in den persoon van den borg plaats vindt, d. i. die, welke plaats vindt, door de vereeniging der hoedanigheden van borg en van schuldeischer in één' persoon, — en die wel de tusschen dezen en genen bestaande verbindtenis doet te niet gaan, gelijk ook die tusschen den schuldeischer en den borg van den borg, welke zonder de eerste niet kan bestaan, — geenszins de vernietiging der hoofdverbindtenis ten gevolge heeft, als te wier opzigte geene schuldvermenging heeft plaats gehad, en die ook zonder de bijkomende verbindtenis van den borg zeer goed kan bestaan (5).

1000. Schuldvermenging, ontstaan door de vereeniging der hoe-

---

(1) Verg. hierboven IV, n. 831. — (2) POTHIER, n. 648; TOULLIER, VII, n. 422; DURANTON, XII, n. 469; MARCADÉ, IV, n. 858. — (3) MARCADÉ, IV, n. 856. — (4) ZOO ZACHARIAE, I, § 330, bl. 362, n. 4. — (5) Verg. POTHIER, n. 645; DURANTON, XII, n. 476.

danigheden van borg en van hoofdschuldenaar in één' persoon, vernietigt wel de verbindtenis tusschen deze beiden bestaande, omdat niemand zijn eigen borg kan zijn, maar niet de hoofdverbindtenis, ten aanzien van welke die vereeniging eigenlijk geen schuldvermenging is, — en daarmede, volgens art. 1883 B. W., tevens niet die tusschen den schuldeischer en dengene, die zich tot borg gesteld heeft van den borg, als die tevens verbonden is aan de bestaan blijvende hoofdverbindtenis, noch ook de hypotheken, door den borg ten behoeve van den schuldeischer gesteld (1).

1001. Uit hetzelfde beginsel vloeit ook voort de bepaling van art. 1473 *c* B. W., dat de schuldvermenging, die plaats heeft in den persoon van een' der hoofdelijke schuldenaren, niet verder strekt tot voordeel zijner hoofdelijke medeschuldenaren, dan voor het aandeel in de schuld, waarvoor hij zelf schuldenaar was (2). Niet alleen kan de hoofdelijke schuldenaar, die het geheel betaalt, volgens art. 1329 B. W., het aandeel der overigen van ieder hunner terugvorderen (3), omdat eene verbindtenis, schoon hoofdelijk zijnde ten aanzien van den schuldeischer, nogtans van regtswege deelbaar is tusschen de schuldenaren, welke onder elkander niet verder dan ieder voor zijn aandeel verbonden zijn; doch daar er niet één, maar meer hoofdelijke schuldenaren zijn, wordt hier de schuldeischer niet één persoon met *den* schuldenaar, maar slechts met *een' der schuldenaren.* Na aftrek van het aandeel van dezen blijven de overigen dan ook hoofdelijk verbonden (4). Eene gelijke bepaling komt ook reeds voor in art. 1324 B. W.

1002. Wij hebben reeds bij de behandeling dier bepaling gezien, dat, wanneer dezelfde persoon wordt schuldenaar en een' der hoofdelijke schuldeischers, dit een soortgelijk gevolg moet hebben (5). Het gezegde vindt dan ook bovendien gereede toepassing op hem, die zich voor meer dan éénen hoofdelijken schuldenaar of aan meer dan éénen hoofdelijken schuldeischer als borg verbonden heeft (6). Ten slotte zij hierbij nog aangemerkt, dat, wanneer de betrekkingen van twee hoofdelijke schuldeischers of van twee hoofdelijke schuldenaren, of van twee borgen zich op één persoon vereenigen, hierdoor geene schuldvermenging kan ontstaan, omdat die slechts bestaat waar twee

---

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 425—427, zie ook n. 428; DURANTON, XII, n. 473 en v., zie ook n. 475. Zoo ook MARCADÉ, IV, n. 856, 859, ofschoon deze hier schuldvermenging erkent. — (2) Over de meerdere juistheid onzer bepaling boven die van art. 1301 *c* C. N. zie ASSER, § 732, 2°. — (3) Verg. MALLEVILLE, op art. 1301 C. N., III, bl. 134. — (4) Verg. TOULLIER, VII, n. 430; MARCADÉ, IV, n. 857. — (5) Zie hierboven n. 312. Verg. TOULLIER, VII, n. 431; DURANTON, XII, n. 471. — (6) Verg. TOULLIER, n. 432; DURANTON, XII, n. 477.

tegenovergestelde hoedanigheden zich in één persoon vereenigen (1).

1003. Hoe de vereeniging ontstaat, is in het algemeen onverschillig. Zij kan ontstaan doordien een derde de opvolger wordt van schuldeischer en schuldenaar beide, om kortheidshalve alleen van deze te spreken, of doordien de schuldeischer de opvolger wordt van den schuldenaar of deze van genen (2). Wij merken hierbij slechts aan, dat de aanvaarding der nalatenschap onder voorregt van boedelbeschrijving, blijkens art. 1078 B. W., de schuldvermenging belet (3), en dat de staat, in het geval van art. 879 *b* B. W., niet als erfgenaam moet worden beschouwd (4).

1004. De gevolgen der schuldvermenging kunnen ophouden en de verbindtenis herleven, wanneer de oorzaak te niet gaat, waarvan vermenging het gevolg was. Dit is het geval, wanneer de schuldeischer of schuldenaar tegen eene aanvaarding der erfenis, waardoor hij aan den schuldenaar of schuldeischer opvolgde, in zijn geheel wordt hersteld, of wanneer hij die erfenis verwerpt, en dus geacht wordt nooit erfgenaam geweest te zijn. Hetzelfde schijnt verder het geval te zijn, wanneer de bezwaarde erfgenaam de erfenis overgeeft aan den bij erfstelling over de hand geroepene, omdat gene daardoor ophoudt erfgenaam te zijn, dat deze nu wordt (5). Ik zie dan ook geen reden om hier met DURANTON eene uitzondering aan te nemen ten aanzien der hypotheken, voorregten en borgen, omdat mijns bedunkens de geheele schuld óf herleven óf niet herleven moet.

AFDEELING VI.

§ 11.

Van kwijtschelding van schuld.

1005. Kwijtschelding van schuld is eene handeling, waardoor de schuldeischer, afstand doende van zijne inschuld, den schuldenaar van

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 433; DURANTON, XII, n. 478. — (2) Verg. TOULLIER, VII, n. 423; DURANTON, XII, n. 468; MARCADÉ, IV, n. 855. — (3) Verg. hierboven V, n. 132 en v.; POTHIER, n. 642; TOULLIER, VII, n. 424, 436; DURANTON, XII, n. 482. — (4) Verg. hierboven IV, n. 424; TOULLIER, VII, n. 434 en v.; DURANTON, XII, n. 479. — (5) TOULLIER, VII, n. 437, 439; DURANTON, XII, n. 483 en v.; MARCADÉ, IV, n. 860.

de verbindtenis bevrijdt. Tot haar is de overeenstemmende wil van schuldeischer en schuldenaar beide noodig, en daaromtrent gelden de gewone regelen. Waar toch eene verbindtenis bestaat tusschen twee personen, daar kan deze door den enkelen wil van één hunner niet worden opgeheven. Een eenvoudige afstand, door den schuldeischer gedaan, maar niet aangenomen door den schuldenaar, heeft geene kracht en staat gelijk met eene bloote toezegging, die aan de andere zijde niet is aangenomen; zoodat de schuldeischer desniettemin betaling vorderen, en de schuldenaar zich des verkiezende door aanbod van gereede betaling en bewaargeving bevrijden kan (1).

1006. Het ligt in den aard der zaak, dat, gelijk art. 3136 Ontwerp van 1820 uitdrukkelijk bepaalde, niemand bevoegd is om kwijtschelding van schuld te doen, dan de schuldeischer zelf of iemand die door hem tot het doen der kwijtschelding bijzonder gemagtigd is, en geene kwijtschelding gedaan kan worden dan door of van wege dengene, die de vrije beschikking over zijne goederen heeft, en dat, gelijk in art. 3137 zeide, een algemeen gemagtigde daartoe niet bevoegd is, noch ook voogden, curators of bewindvoerders, tenzij behoorlijk gemagtigd (2). Aan den anderen kant moet ook de schuldenaar bekwaam zijn om eene overeenkomst aan te gaan; behoudens dat ook hier, overeenkomstig art. 1367 *b* B. W., de schuldeischer, die kwijtschelding heeft verleend, zich daartegen niet op de onbekwaamheid van den schuldenaar kan beroepen. Dit geldt ten aanzien der partijen op zich zelve beschouwd. Voor het overige schijnt men te moeten aannemen, dat zij, die, even als bij uitersten wil, zoo ook bij schenking niet door iemand mogen bevoordeeld worden, ook van dezen geene geldige kwijtschelding kunnen bekomen (3).

1007. Kwijtschelding kan niet alleen uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend geschieden; art. 3140 *a* Ontwerp van 1820 zeide dit met zoovele woorden, maar het B. W. laat dienaangaande even weinig twijfel over. Natuurlijk kan zij dan ook door den schuldenaar stilzwijgend worden aangenomen, al wordt zij ook door den schuldeischer uitdrukkelijk verleend. Zij geschiedt stilzwijgende, wanneer zij alleen uit daden moet worden afgeleid. Art. 1475 B. W. geeft daarvan een voorbeeld, maar het is, ook wegens art. 1474 B. W., duidelijk, dat het alleen strekt om ten aanzien van een bepaald geval allen twijfel op te heffen, doch dat het geenszins bedoelt om andere wijzen van stilzwijgende kwijtschelding uit te sluiten (4). Tot

(1) Verg. POTHIER, n. 614; TOULLIER, VII, n. 321; DURANTON, XII, n. 357; ZACHARIAE, I, § 324, bl. 355; DE PINTO, II, § 786, bl. 404; 3e uitg. § 846, bl. 506 en v. Zie voorts MARCADÉ, IV, n. 789 en v. — (2) Verg. DURANTON, XII, n. 341 en v. — (3) Verg. DURANTON, XII, n. 350 en v.; MARCADÉ, IV, 787. — (4) Verg. TOULLIER, VII, n. 335 en v.

de uitdrukkelijke kwijtschelding zijn bepaaldelijk art. 1476 en 1478 B. W. betrekkelijk, waar, in navolging van het Fransche *remise ou décharge conventionnelle* in art. 1285 en 1287 C. N., gesproken wordt van de *kwijtschelding eener schuld of het ontslag bij overeenkomst* (1). Zoodanig ontslag bij overeenkomst is echter niet de eenige wijze, waarop uitdrukkelijke kwijtschelding kan geschieden; hoezeer toch het B. W. daarvan niet gewaagt, zal wel niets beletten, dat zij plaats hebbe bij wijze van legaat, het legatum liberationis van het Romeinsche regt (2).

1008. Dat de kwijtschelding ook stilzwijgend kan geschieden, bewijst voldoende, dat ook bij die, welke uitdrukkelijk bij overeenkomst geschiedt, geene bepaalde vormen in acht genomen behoeven te worden. Hoezeer zij in zeker opzigt veel gelijkheid heeft met eene schenking, daar zij, ofschoon niet noodzakelijk (3), echter veelal om niet geschiedt, is zij evenwel geene schenking; zij is toch geene bron van verbindtenis, maar in tegendeel een middel om eene verbindtenis te niet te doen gaan; door haar wordt niet eenig goed afgestaan ten behoeve van den schuldenaar (art. 1703 B. W.), maar deze ontheven van zijne schuld. De vormen, voor schenking voorgeschreven, behoeven daarom ook bij eene kwijtschelding, al geschiedt die bij overeenkomst, niet in acht genomen te worden (4). Kwijtschelding kan dan ook bij brief, zij kan, gelijk art. 3140 *b* Ontwerp van 1820 dit uitdrukkelijk bepaalde, ook enkel bij monde geschieden (5).

1009. Zij behoeft voorts niet voor het geheel, maar kan ook voor een gedeelte, en niet alleen zuiver, maar ook voorwaardelijk plaats hebben. In het laatste geval blijft natuurlijk bij het ontbreken der voorwaarde de schuld bestaan (6).

1010. Maar hoe ook de kwijtschelding plaats hebbe, men kan haar bestaan niet aannemen, zonder dat daarvan werkelijk blijkt; daden of uitdrukkingen, die wel met eene kwijtschelding vereenigbaar zijn en aan haar kunnen doen denken, maar haar niet noodzakelijk medebrengen, kunnen niet als kwijtschelding beschouwd worden. Art. 1474 B. W. bepaalt uitdrukkelijk, dat de kwijtschelding eener schuld niet wordt verondersteld, maar moet bewezen worden. De C. N. behelst zoodanige bepaling niet (7), en spreekt zelfs in art. 1283 van eens handeling, die kwijtschelding doet vermoeden, behoudens tegenbewijs, gelijk ook BIGOT-PRÉAMENEU sprak van „certains faits, dont les une suffisent pour la prouver, et les autres la font seulement présumer" (8).

---

(1) ZACHARIAE, I, § 324, bl. 356, n. 2. — (2) Art. 3140 *b* Ontw. v. 1820 erkende dit uitdrukkelijk. Verg. MARCADÉ, IV, n. 788. – (3) Verg. MARCADÉ, IV, n. 787. — (4) Verg. MARCADÉ, t. a. p. Zie echter SCHÜLLER, op art. 1474 B. W. — (5) Verg. TOULLIER, VII, n. 323; DURANTON, XII, n. 336 en v. — (6) DURANTON, XII, n. 358. — (7) ASSER, § 733; DE PINTO, t. a. p. — (8) *C. N. et Mot.*, V, bl. 68.

Naar onze wet is stellig bewijs noodig; en men schijnt dit niet te mogen beperken tot de daad des schuldeischers, die kwijtscheldt, maar ook te moeten toepassen op de aanneming door den schuldenaar, en dus op de kwijtschelding in haar geheel; zoodat zelfs de aanneming niet mag worden verondersteld, wanneer geenerlei omstandigheden in verband met de handeling des schuldeischers haar aannemelijk maken (1).

1011. Ten aanzien van het bewijs gelden de gewone regelen, zoowel ten aanzien van het opleggen van dat bewijs aan hem, die zich tot tegenspraak van eens anders regt op de kwijtschelding beroept, als ten aanzien der middelen, waardoor het kan geleverd worden. De bepaling van art. 1474 B. W. heeft dan ook de strekking niet om het bewijs door vermoedens uit te sluiten, 'twelk hier zelfs dikwijls in aanmerking zal moeten komen, en even als elders ook hier voldoende is, wanneer naar het oordeel des regters een zamenloop van omstandigheden zoovele vermoedens oplevert, die gewigtig, naauwkeurig, bepaald en met elkander in overeenstemming zijn, gelijk art. 1959 B. W. het uitdrukt, en wanneer buitendien het bewijs door getuigen is toegelaten, gelijk daar almede wordt gevorderd (2). Getuigenbewijs is hier evenzeer toegelaten, mits het onderwerp de som of de waarde van driehonderd gulden niet te boven gaat (3); anders toch wordt, volgens art. 1933 B. W., dat bewijsmiddel niet toegelaten om het bestaan aan te toonen eener overeenkomst, ook wanneer deze eene ontheffing van schuld bevat; tenzij men zich mogt beroepen op zoodanige omstandigheden, waarbij geene schriftelijke akte kan worden opgemaakt, als wanneer ook hier de uitzondering van art. 1940 B. W. schijnt te moeten worden aangenomen. Art. 1934 B. W. sluit hier het getuigenbewijs niet uit (4).

1012. Art. 1477 B. W. zegt nog uitdrukkelijk, dat de teruggave van eene in pand gegeven zaak niet voldoende is om de vrijstelling der schuld te doen vermoeden. Die teruggave, wanneer zij vrijwillig en zuiver heeft plaats gehad, bewijst kwijtschelding van het pandregt; maar daar de schuld zelve zeer goed zonder pand bestaan kan, kan daaruit geene kwijtschelding der schuld worden afgeleid. Het is niet voldoende om die te doen vermoeden, zegt de wet; in vereeniging met andere omstandigheden zou het voorzeker zoodanig bewijs door vermoedens kunnen opleveren als in art. 1959 B. W. bedoeld is, maar het behoeft daartoe zoodanige vereeniging (5). Inderdaad

---

(1) Anders TOULLIER, VII, n. 323. — (2) Verg. TOULLIER, VII, n. 335 en v.; DURANTON, XII, n. 370; ZACHARIAE, I, § 324, bl. 356 en n. 1. — (3) TOULLIER, VII, n. 322. — (4) Verg. hieronder IX, n. 264. — (5) DURANTON, XII, n. 368. Verg. TOULLIER, VII, n. 330; DE PINTO, t. a. p.; SCHÜLLER, op art. 1477 B. W.

bepaalt dus art. 1477 eigenlijk niets, dat ook niet zonder uitdrukkelijke bepaling, na die van art. 1474, even zeker zou zijn; bij ons schijnt het dus overbodig, ofschoon art. 1286 C. N. dit zeker niet was. Hetzelfde geldt van de opheffing der verleende hypotheek.

1013. Eveneens is het bezit der grosse eener notariële schuldbekentenis bij, of ook de vrijwillige afgifte dier grosse door den schuldeischer aan den schuldenaar, op zich zelf en zonder vereeniging met andere omstandigheden, geen grond om daarop kwijtschelding van schuld aan te nemen. Art. 1283 C. N. bepaalde, dat die afgifte kwijtschelding of betaling doet vermoeden, onverminderd het tegenbewijs; met welk laatste men, behalve het geval dat de afgifte tot eenig ander bepaald einde had plaats gehad, vooral schijnt bedoeld te hebben het bewijs, dat het bezit der grosse geen gevolg eener vrijwillige afgifte was (1). Onze wetgever achtte het gevaarlijk, aan de teruggave — liever afgifte, want van teruggave kan hier eigenlijk geen sprake zijn, — eener kopij der minute zoodanige waarde toe te kennen, daar grossen van akten meermalen te goeder trouw tot het een of ander einde aan den schuldenaar worden toevertrouwd (2). Wanneer men daarbij bedenkt, dat ook de C. N. in die afgifte juist geen beslissend bewijs eener kwijtschelding zag, maar slechts een' grond om óf kwijtschelding óf betaling te vermoeden, dan kan zeker, na de bepaling van art. 1474 B. W., eene afwijking daarvan niet vreemd geacht worden, die, wat ook voor de Fransche depaling mag kunnen gezegd worden, ongetwijfeld veiliger is en eene aanleiding tot gedingen opheft. Maar gelijk art. 1477 B. W. overbodig was, zoo behoefde ook deze afwijking geene uitdrukkelijke bepaling, en vloeit zij genoegzaam voort uit het stilzwijgen der wet dienaangaande; gelijk het aan den anderen kant even weinig noodig was om, op het voetspoor van art. 3141 Ontwerp van 1820, aan het bezit der grosse uitdrukkelijk de kracht eener kwijtschelding toe te kennen, wanneer de schuldenaar doet blijken, dat zij hem is afgegeven met het oogmerk om de schuld te vernietigen, omdat ook dit in den aard der zaak ligt.

1014. Anders is het met de vrijwillige teruggave van een oorspronkelijk onderhandsch schuldbewijs (3), door den schuldeischer aan den schuldenaar gedaan; deze bewijst, volgens art. 1475 B. W., de kwijtschelding der schuld (4). Het is ook niet aannemelijk, dat

(1) Verg. MALLEVILLE, III, bl. 119 en v.; TOULLIER, VII, n. 326. Zie ook DURANTON, XII, n. 366 en v. — (2) VOORDUIN, V, bl. 102, 123; ASSER, § 733, 2°. – (3) Eene akte in brevet zou daarmede gelijk gesteld moeten worden, — zie MARCADÉ, IV, n. 792, — zoo die hier in aanmerking kon komen, wat art. 38 der Wet op het notarisambt uitsluit. — (4) Volgens art. 1282 C. N., bewijst zij la libération, zonder bepaling van de wijze, waarop deze zou hebben plaats gehad; verg. MARCADÉ, IV, n. 795 en v.

een schuldeischer, zonder de schuld te willen kwijtschelden, het eenig bewijs zijner schuld vrijwillig aan zijn' schuldenaar zou teruggeven, tenzij in geval van betaling, waarvan echter geen sprake kan zijn, waar het de vraag geldt, of er kwijtschelding heeft plaats gehad of niet. Die vrijwillige teruggave is dan ook geen grond van vermoeden, maar *bewijst* de kwijtschelding, en tegenbewijs, waarvan de wet hier niet spreekt, en hetwelk zij niet kon toëlaten, zonder hare bepaling krachteloos te maken, kan hier dus niet geleverd worden, al wilde de schuldeischer aan zijne vrijwillige teruggave ook eene andere bedoeling toeschrijven (1).

1015. Maar daartoe wordt dan ook eene vrijwillige teruggave gevorderd, door den schuldeischer aan den schuldenaar gedaan (2). Er is in deze bepaling een pleonasme gezien, omdat teruggave alleen den wil, om het stuk in handen van den schuldenaar te stellen, genoegzaam zou aanduiden (3). Intusschen is, blijkens de gebezigde uitdrukking, niet alleen het enkel bezit der schuldbekentenis bij den schuldenaar geen voldoend bewijs der kwijtschelding, daar zij ook door den schuldeischer kan zijn verloren, door den schuldenaar hem ontnomen of door een' derde aan dezen ter hand gesteld, maar schijnt daardoor tevens zoodanige teruggave te zijn uitgesloten, die het gevolg was van geweld, of ook van dwaling of vergissing, bedrog of misbruik van vertrouwen (4).

1016. Het gezegde schijnt echter niet weg te nemen, dat het bezit der schuldbekentenis bij den schuldenaar in den regel, en wanneer bijzondere omstandigheden dit niet twijfelachtig maken, zoozeer een' grond oplevert om eene vrijwillige teruggave aan te nemen, dat de schuldenaar niet nog bovendien behoeft te bewijzen, dat het stuk hem vrijwillig is teruggegeven; een bewijs, dat ook veelal hoogst moeijelijk door hem zou kunnen geleverd worden. Men zal dan veelmeer den schuldeischer moeten belasten met het bewijs van het tegendeel, hetzij hij beweert, dat het stuk hem is ontnomen, hetzij hij aanvoert, dat het met eene andere bedoeling is afgegeven, of dat de teruggave het gevolg is geweest van dwaling, bedrog of geweld. Wanneer de omstandigheden der zaak zelve schijnen aan te duiden dat het bezit van een stuk bij den schuldenaar geen gevolg van vrijwillige teruggave is geweest, zoo zal het voorzeker de schuldenaar zijn, die hiervan het bewijs moet leveren. Anders doet

(1) Spangenberg, § 767, n. 1, III, bl. 57; dabelow, § 1097, II, bl. 346 en v.; zachariae, I, § 324, bl. 355 en n. 6; marcadé, IV, n. 792; de pinto, II, § 787, bl. 404; 3e uitg. § 847, bl. 507; opzoomer, III, bl. 261. Anders schüller en vernede, op art. 1475 B. W. — (2) Duranton, XII, n. 361. — (3) Malleville, op art. 1283 C. N., III, bl. 120; toullier, VII, n. 327. — (4) Schüller, op art. 1475 B. W.; *C. N. et Mot.*, V, bl. 68; marcadé, IV, n. 793.

het bezit de vrijwillige teruggave veronderstellen, behoudens tegenbewijs, en is, waar dit ontbreekt, die teruggave een stellig bewijs voor de kwijtschelding (1).

1017. Waar onderscheidene hoofdelijke schuldenaren zijn, vertegenwoordigt ieder hunner tegenover den schuldeischer tevens al de overigen. Vrijwillige teruggave der onderhandsche schuldbekentenis aan een' dier schuldenaren bewijst daarom, gelijk ook art. 1475 B. W. zegt, de kwijtschelding zelfs ten aanzien der hoofdelijke medeschuldenaren (2). En daar een uitdrukkelijk voorbehoud, als waarvan art. 1476 spreekt, hier niet denkbaar is, omdat het hier eene stilzwijgende kwijtschelding geldt, zijn zij dus alle daardoor van de schuld bevrijd.

1018. Om dezelfde reden worden, volgens art. 1476 *a* B. W., door de kwijtschelding der schuld of het ontslag bij overeenkomst, ten behoeve van een' der hoofdelijke medeschuldenaren gegeven, d. i. de kwijtschelding, uitdrukkelijk tusschen den schuldeischer en een' der hoofdelijke schuldenaren tot stand gebragt, in den regel al de overige bevrijd; gelijk zij dit tegenover den schuldeischer ook door zijne betaling zouden zijn geweest (3). Terwijl hier de ratio legis geheel dezelfde is, was echter ook deze bepaling noodig, omdat men anders ligt zou kunnen meenen, dat in geval van overeenkomst het genot der kwijtschelding beperkt moet worden tot hem, met wien of te wiens behoeve de overeenkomst is gemaakt. En dit zal dan ook wel de reden zijn, waarom hier bepaaldelijk van „ontslag bij overeenkomst" gesproken wordt, eene uitdrukking, waaraan juist geene beperkende strekking moet worden toegekend, en die geenszins belet, dat hetzelfde in het algemeen bij uitdrukkelijke kwijtschelding moet worden aangenomen.

1019. Het gezegde geldt, volgens art. 1476 *a* B. W., wanneer de schuldeischer zich niet uitdrukkelijk zijne regten tegen de overigen heeft voorbehouden, gelijk hij daartoe natuurlijk de bevoegdheid, maar bij eene uitdrukkelijke kwijtschelding ook de gelegenheid had. In dit geval wordt daardoor de kwijtschelding zelve nader beperkt. De wet vordert daartoe een uitdrukkelijk voorbehoud, waarbij wel geene bepaalde uitdrukking behoeft gebezigd te zijn, maar waartoe toch noodig is, dat het voorbehoud duidelijk bij de kwijtschelding is uitgedrukt (4).

---

(1) Verg. POTHIER, n. 609; TOULLIER, VII, n. 324 en v.; MARCADÉ, IV, n. 793 en v.; DURANTON, XII, n. 362 en v.; ZACHARIAE, I, § 324, bl. 355 en n. 7 en v.; DABELOW, § 1097, II, bl. 347. — (2) Verg. POTHIER, n. 608; MARCADÉ, IV, n. 799 en v., n. 812. — (3) TOULLIER, VII, n. 329; MARCADÉ, IV, n. 802; DE PINTO, II, § 788, bl. 405; 3e uitg. § 848, bl. 507; SCHÜLLER, op art. 1476 B. W. — (4) TOULLIER, VII, n. 329.

1020. In geval van zoodanig voorbehoud kan de schuldeischer echter van de overigen de schuld niet verder invorderen, dan na aftrek van het aandeel van dengene, aan wien hij de schuld heeft kwijtgescholden; art. 1476 *d* B. W. Anders zou de geheele kwijtschelding ook voor den schuldenaar, aan wien zij is verleend, zonder ander gevolg zijn, dan dat hij niet *voor het geheel* vervolgd kon worden, daar hij dan voor zijn aandeel desniettemin verbonden zou blijven jegens een' medeschuldenaar, die het geheel had moeten voldoen (1). In geval voorts een of meer der overige schuldenaren onvermogend zijn geworden, wordt hun aandeel pond-ponds-gelijk gedragen door al de schuldenaren, zelfs door degenen, die kwijtschelding bekomen hebben, maar hierdoor niet konden worden ontslagen van hunne verpligtingen jegens hunne medeschuldenaren, terwijl ook de schuldeischer zijn regt behoudt op alles, waarvan hij geene kwijtschelding heeft gegeven (2).

1021. „De kwijtschelding eener schuld, of het ontslag bij overeenkomst, aan den hoofdschuldenaar toegestaan", zegt art. 1478 *a* B. W., „bevrijdt de borgen". Dit ligt in den aard der zaak, daar de vernietiging der schuld zelve noodwendig die der ondergeschikte verbindtenis in zich bevat (3). Hetzelfde moet daarom ook gelden, onverschillig op welke wijze de kwijtschelding geschiedt, ook bij eene stilzwijgende; de aard der zaak vordert dit, en dat art. 1478 bepaaldelijk van het ontslag bij overeenkomst spreekt, is weder een gevolg daarvan, dat bijzonder in dat geval aanleiding tot twijfel zou kunnen bestaan. Het spreekt voorts van zelf, dat men de verbindtenis der borgen, nadat zij eenmaal op die wijze is te niet gegaan, niet zonder hunne medewerking kan doen herleven, door afstan van de gedane kwijtschelding te doen.

1022. Bij de kwijtschelding, aan den hoofdschuldenaar toegestaan, kan de schuldeischer zich dan ook zelfs zijn regt tegen de borgen niet voorbehouden. Deze zijn, volgens art. 1885 B. W., ontslagen, wanneer zij door toedoen van den schuldeischer niet meer in diens regten, hypotheken en voorregten treden kunnen, gelijk hier het geval zou zijn; of, zoo zij dit konden, zou de kwijtschelding ook voor den schuldenaar zelven niets beteekenen (4).

1023. De kwijtschelding, aan den borg toegestaan, bevrijdt den

---

(1) ZACHARIAE, VII, § 324, bl. 356, n. 3. — (2) Verg. ook hierboven n. 323 en v. Anders nog TOULLIER, VII, n. 329; DURANTON, XII, n. 372; MARCADÉ, IV, n. 802. — (3) TOULLIER, VII, n. 330; DURANTON, XII, n. 373. Het accoord tusschen een' gefailleerde en zijne schuldeischers vastgesteld, waarvan TOULLIER, t. a. p., en DURANTON, XII, n. 376, spreken, kan, dunkt mij, niet als eene kwijtschelding beschouwd worden. — (4) ZACHARIAE, I, § 324, bl. 356 en n. 4.

hoofdschuldenaar niet, en die, aan een' der borgen toegestaan, ontslaat de overigen niet; art. 1478 *b* en *c* B. W. De wet veronderstelt hier, dat de kwijtschelding alleen bepaalde personen, maar niet de geheele schuld betreft (1). De hoofdverbindtenis toch kan zeer goed zonder bogtogt bestaan, en waar gene bestaan blijft, blijven ook de voor haar verbonden borgen, die niet ontslagen zijn, aansprakelijk (2). Zelfs wanneer de borgen hoofdelijk verbonden waren, zou dit toch geene uitzondering maken op de algemeene bepaling van art. 1478 *c* B. W., en zou art. 1476 daarom op die borgen niet toepasselijk wezen, om de eenvoudige reden, dat zij desniettemin borgen gebleven zijn, en art. 1476 van schuldenaren spreekt. De redactie van art. 1478 *c*, waarin noch naar art. 1476 wordt verwezen, noch eene gelijke bepaling wordt gemaakt, komt mij voor de bedoeling des wetgevers is dezen genoegzaam aan te wijzen en geene zoodanige afwijking toe te laten (3).

1024. Intusschen moet, volgens art. 1479 B. W., hetgeen de schuldeischer van een' borg heeft ontvangen tot afdoening van zijn' borgtogt, gerekend worden in mindering der schuld betaald te zijn, en moet het strekken tot ontlasting van den hoofdschuldenaar en van de overige borgen. Wat er ook zij van den grond dezer bepaling, waaromtrent bij de zamenstelling van den C. N. verschillende meeningen bestonden, en waartegen men zeker met eenig regt zou kunnen aanvoeren, dat de schuldeischer voor hetgeen hij van een' borg ontvangen heeft, zich zelven van de zekerheid heeft beroofd, die deze hem gaf, en dus de kansen van het vermogen of onvermogen des schuldenaars heeft op zich genomen; dat in het algemeen de borg, die zijn' borgtogt afkoopt, niet gezegd kan worden te betalen en dus op den schuldenaar en de medeborgen uit dien hoofde geen verhaal zou kunnen uitoefenen, hetwelk slechts betaling hem zou geven; en dat alzoo de wil des wetgevers, om ten voordeele der bevrijding te bepalen, hier te ver gedreven kan schijnen (4), — de wet heeft beslist, en hare bepaling is te dien aanzien duidelijk. Ook schijnt men de woorden *gerekend worden* niet in den zin van een vermoeden te mogen opvatten, waarvan de onjuistheid van elders zou kunnen bewezen worden; de bepaling, dat het alzoo *moet* gerekend worden, en het ontvangene tot ontlasting *moet* verstrekken, in verband met de blijkbare bedoeling des wetgevers, die anders ligt verijdeld zou worden, komt mij voor zoodanige opvatting geheel uit te sluiten.

---

(1) Verg. MARCADÉ, IV, n. 806 en v. — (2) DURANTON, XII, n. 374. — (3) Zie echter TOULLIER, VII, n. 331. — (4) Verg. *Conf. du C. C.*, V, bl. 121 en v.; MALLEVILLE, op art. 1288 C. N., III, bl. 123 en v.; DURANTON, XII, n. 379; MARCADÉ, IV, n. 813 en v. Voorts POTHIER, n. 618.

Die woorden schijnen dan ook slechts eene vertaling te zijn van het Fransche: „doit être imputé", in art. 1288 C. N. (1).

1025. En die bepaling van art. 1479 B. W. maakt tevens het gevoelen onaannemelijk van hen, die beweren, dat in het geval van art. 1478 *c* B. W. de overige borgen slechts aansprakelijk zijn onder aftrek van het aandeel van hem, die bevrijd is (2). Indien dit toch de bedoeling des wetgevers ware geweest, zou art. 1479 ten aanzien der borgen alleen van toepassing zijn, wanneer de schuldeischer meer van den ontslagen borg ontvangen had, dan deze voor zijn aandeel daartoe behoefde bij te dragen; of men zou moeten aannemen, dat, hetgeen de schuldeischer ontvangen heeft, ten aanzien der medeborgen nog boven het aandeel van den borg van de schuld zou moeten worden afgetrokken, wat wel geheel onaannemelijk zal zijn.

1026. De bepaling van 1885 B. W. schijnt hier dan ook niet in aanmerking te moeten komen, vermits de overige borgen, die, zoo zij de schuld betalen, overeenkomstig art. 1881 B. W., op hunne medeborgen hun verhaal hebben voor ieders aandeel, dit verhaal, gegrond in hunne onderlinge betrekking van gezamenlijke borgen, niet verliezen door eene kwijtschelding, aan één hunner door den schuldeischer toegestaan; als waardoor die borg slechts ontheven wordt van zijne aansprakelijkheid jegens den schuldeischer, ook voor de geheele schuld, maar niet van zijne wettelijke verpligting tegenover zijne medeborgen, zoo niet de schuldenaar zelf, maar een andere borg de schuld voldaan heeft; hiervan toch kon de schuldeischer hem niet ontheffen. Zoo werd dan ook in art. 3143 *c* Ontwerp van 1820, na de bepaling, dat door kwijtschelding, aan één' der borgen gegeven, de overige niet worden ontslagen, uitdrukkelijk gezegd, dat deze echter hun regt van verhaal op den ontslagen borg behouden, indien daarvoor van den beginne af termen zijn geweest.

---

(1) Verg. MARCADÉ, IV, n. 814. — (2) Verg. TOULLIER, VII, n. 331, n; DURANTON, XII, n. 375; DABELOW, § 1098, II, bl. 358; ZACHARIAE, I, § 324, bl. 356 en n. 6; MARCADÉ, IV, n. 807 en v.

AFDEELING VII.

Van schuldvernieuwing.

§ 12.

Van het vergaan der verschuldigde zaak.

1027. Wij hebben hierboven gezien, dat, volgens art. 1271 B. W., de verbindtenis om iets te geven de verpligting bevat om de zaak te leveren en voor haar behoud tot op het tijdstip der levering als een goed huisvader te zorgen, en dat, hoezeer, volgens art. 1273 B. W., bij eene verbindtenis om eene bepaalde zaak te geven, deze van het oogenblik der verbindtenis voor rekening van den schuldeischer is, en slechts bij nalatigheid van den schuldenaar om haar te leveren, voor rekening van dezen, echter, in overeenstemming met art. 1271, bij art. 1272 B. W. is bepaald, dat de schuldenaar jegens den schuldeischer tot vergoeding van kosten, schaden en interessen gehouden is, indien hij zich in de onmogelijkheid gesteld heeft om de zaak te leveren. Maar waar die onmogelijkheid het gevolg is van eenige andere oorzaak buiten zijne schuld, daar houdt zijne verpligting op, omdat niemand tot het onmogelijke gehouden is, noch verpligt tot vergoeding eener schade, waartoe hij geene aanleiding heeft gegeven en waarvoor hij dus ook niet aansprakelijk is (1).

1028. De wet spreekt in art. 1417 B. W. en in het opschrift dezer afdeeling van het *vergaan* der verschuldigde zaak, maar hecht aan die uitdrukking blijkbaar een zeer ruimen zin. Art. 1480 *a* B. W. toch, 'twelk eene nadere ontwikkeling van het onderwerp behelst, spreekt niet alleen van het geval, dat de zaak vergaat, waaronder hier bepaaldelijk verstaan moet worden, dat zij te niet gaat, maar stelt daarmede gelijk het geval, dat zij buiten den handel der menschen geraakt, of zoodanig verloren gaat, dat men van haar bestaan ten eenenmale onkundig is, gelijk in geval van diefstal en dergelijke plaats kan hebben. In het algemeen mag men daardoor verstaan het geraken der zaak in zoodanigen toestand, dat zij geen onderwerp van overeenkomst zou kunnen uitmaken, en hare levering onmogelijk is geworden (2).

---

(1) Verg. DE PINTO, II, § 790, bl. 405; 3e uitg. § 850, bl. 507 en v.; TOULLIER, VII, n. 442. — (2) Verg. POTHIER, n. 650 en v.; TOULLIER, VII, n. 446; DABELOW, § 1102, II, bl. 353 en v.; ZACHARIAE, I, § 331, bl. 363, n. 10; J. E. PESTERS, *De modo, quo obligatio tollitur rei interitu* (Utrecht 1835), bl. 2 en v.

1029. Art. 1480 *a* B. W. veronderstelt, dat het eene zekere en bepaalde zaak is, welke het onderwerp der verbindtenis (1) uitmaakte. Bij eene alternatieve verbindtenis is het verloren gaan van eene der zaken niet voldoende om de geheele verbindtenis te doen te niet gaan; zij wordt dan, volgens art. 1311 B. W., zuiver en eenvoudig. En waar het onderwerp is eene geldsom of anders in het algemeen eenige zaak, welke slechts ten aanzien van hare soort bepaald is, daar kan ook van het vergaan der verschuldigde zaak geen sprake zijn; en het vergaan van het geld of de zaken, die de schuldenaar tot de betaling had bestemd, bevrijdt hem niet, omdat datgene, wat verloren ging, niet juist de verschuldigde zaak was, en de schuld door de levering van ander geld of andere zaken van dezelfde soort nog evenzeer kan worden gekweten (2).

1030. Art. 1480 kan echter wel ook op het vergaan van zoodanige zaken worden toegepast, die, ofschoon zij individuëel niet bepaald zijn aangeduid, toch genoeg zijn aangewezen, doordien zij een deel uitmaken van een bepaald geheel, in en met hetwelk ze zijn te niet gegaan, waar het b. v. geldt een paard van een bepaalden stal, eene zekere hoeveelheid van het in eene bepaalde schuur aanwezige koorn. Hier is door het vergaan van het bepaald geheel zeker ook het verschuldigde gedeelte vergaan, en een ander paard of ander koorn maakte geen voorwerp der verbindtenis uit; wanneer namelijk, gelijk hier wordt verondersteld en zulks door den regter naar de omstandigheden moet worden beoordeeld, bepaaldelijk en uitsluitend een deel van dat geheel het onderwerp der verbindtenis uitmaakt (3). In geval van volstrekte onzekerheid te dezen aanzien schijnt in het voordeel van den schuldeischer beslist te moeten worden, omdat art. 1480 B. W. niet kan worden toegepast, wanneer zijne toepasselijkheid niet blijkt (4).

1031. Voor het overige zij nog aangemerkt, dat de wet niet on-

---

(1) Verkeerdelijk toch spreekt art. 1480 *a* B. W. van *overeenkomst*, waarvoor, gelijk op andere plaatsen is geschied, *verbindtenis* had moeten gesteld zijn. Deze bepaling toch moet evenzeer hare toepassing vinden, waar de verbindtenis uit de wet ontstaan, als wanneer zij het gevolg eener overeenkomst is. In allen gevalle sluit art. 1480 *a* de toepassing op de eerstgenoemde niet uit. — (2) TOULLIER, VII, n. 443; DURANTON, XII, n. 490; MARCADÉ, IV, n. 868; DE PINTO, t. a. p. — (3) POTHIER, n. 659; TOULLIER, VII, n. 445; DURANTON, n. 491; ZACHARIAE, I, § 331, bl. 364; MARCADÉ, IV, n. 868; PESTERS, bl. 8 en v. TOULLIER, VII, n. 444, neemt hetzelfde aan, wanneer de schuldenaar ter voldoening der schuld een geldig aanbod eener bepaalde zaak heeft gedaan. Zoo ook PESTERS, bl. 7 en v. Hierdoor wordt echter die zaak nog niet het bepaalde onderwerp der verbindtenis, en de schuldenaar schijnt mij dus door het vergaan dier zaak niet bevrijd, tenzij hij haar in bewaring had gesteld; maar dan was hij reeds door de bewaargeving bevrijd. Verg. hierboven n. 888, 890. — (4) TOULLIER, VII, n. 445; PESTERS, bl. 9.

derscheidt, op welke wijze de bepaalde zaak het onderwerp der verbindtenis uitmaakt, en dat art. 1480 B. W. dus evenzeer van toepassing is, wanneer het alleen het bezit of het gebruik, als wanneer het den eigendom dier zaak geldt, gelijk ook in beide gevallen dezelfde ratio legis bestaat.

1032. Art. 1480 *a* B. W. vordert voorts, dat de zaak vergaan of verloren zij buiten de schuld van den schuldenaar. Waar dat het gevolg was van zijne daad of van zijne nalatigheid, al was schijnbaar de zaak ook slechts door een toeval vergaan, daar gaat de verbindtenis niet te niet, en heeft ook reeds art. 1272 B. W. des schuldenaars gehoudenheid tot vergoeding van kosten, schaden en interessen uitgesproken (1). Dit geldt dan ook, wanneer de schuldenaar niet wist, dat hij de zaak verschuldigd was, en dus meende te haren aanzien door niets gebonden te zijn. Ook de borgen zijn dan niet bevrijd, als die in het algemeen zich voor de vervulling der verbindtenis verbonden hebben (2).

1033. Hetgeen alzoo als eene noodzakelijke voorwaarde gevorderd wordt, behoort dus tot den grond, waarop de schuldenaar zijne bevrijding beweert, en moet als zoodanig door hem bewezen worden. Art 1480 *c* zegt dan ook, dat de schuldenaar gehouden is het onvoorziene toeval, waarop hij zich beroept, te bewijzen. En wat hier van het onvoorziene toeval gezegd wordt, geldt in het algemeen van elke oorzaak, die buiten de schuld des schuldenaars ligt en in art. 1280 B. W. genoemd wordt »eene vreemde oorzaak, die hem niet kan worden toegerekend", waarvan het bewijs ook daar aan hem wordt opgelegd. Wanneer echter, niettegenstaande zijn bewijs van het toeval, eenige schuld aan zijne zijde beweerd werd, moet dit door den schuldeischer bewezen worden (3).

1034. De wet vordert juist geen vergaan door toeval; en ook wanneer de zaak vergaan is door toedoen van een' ander, gaat de verbindtenis te niet, behoudens het verhaal van den schuldeischer op dien derde, wanneer de schuldenaar hem overeenkomstig art. 1481 B. W. zijne vordering tegen dezen heeft afgestaan. Hetzelfde geldt ook, waar het de schuld van een' borg was. Over het geval, dat de zaak vergaat door toedoen van een' of meer hoofdelijke schuldenaren, handelt art. 1321 B. W. (4). Waar die schuldenaren niet hoofdelijk verbonden waren, is de een voor zijn aandeel bevrijd, ook wanneer de zaak door toedoen van een' der anderen verging (5).

---

(1) POTHIER, n. 661 en v.; TOULLIER, VII, n. 466, 469; DURANTON, XII, n. 492 en v. — (2) POTHIER, n. 665; PESTERS, bl. 27. — (3) Verg. OPZOOMER, III, bl. 88 en v. — (4) Verg. hierboven n. 296 en v. Voorts. POTHIER, n. 666 en v.; TOULLIER, VII, n. 471 en v.; DURANTON, XII, n. 509 en v. — (5) TOULLIER, VII, n. 473; PESTERS, bl. 29.

1035. Eindelijk zij hier nog aangemerkt, dat de verbindtenis ook dan niet door het vergaan der zaak buiten de schuld van den schuldenaar te niet gaat, wanneer deze zich voor alle, ook onvoorziene voorvallen aansprakelijk heeft gesteld; iets, dat de wet zelve in art. 1480 *b* B. W. heeft erkend (1). Ten aanzien van hem, die iets ter bruikleening heeft ontvangen, is voorts in art. 1781 *c* en 1782 B. W. bepaald, dat hij, zoo hij het geleende goed tot een ander einde, of gedurende een langeren tijd gebruikt, dan hij zulks behoorde te doen, voor het verlies aansprakelijk is, al had dit ook door een bloot toeval plaats, en dat hij in het algemeen, indien de geleende zaak door een toeval verloren gaat, en hij dit had kunnen voorkomen door zijne eigene zaak te gebruiken, of zoo hij, slechts ééne van beide kunnende behouden, aan de zijne den voorrang heeft gegeven, voor het verlies der geleende zaak aansprakelijk is.

1036. De wet spreekt niet van het geval, dat de zaken buiten den handel geraken buiten de schuld van den schuldenaar, gelijk daarbij in den regel ook wel van geene schuld sprake zal kunnen zijn. Geheel onmogelijk is zulks intusschen niet, en waar nu de schuldenaar had kunnen en moeten beletten, dat de verschuldigde zaak buiten den handel werd gebragt, daar zal zeker almede de verbindtenis niet vervallen, maar art. 1272 B. W. zijne toepassing vinden.

1037. Nog vordert art. 1840 *a* B. W. in de derde plaats, dat de zaak vergaan of verloren zij vóórdat de schuldenaar in de levering daarvan nalatig gebleven was. Zoodra toch de schuldenaar nalatig is om de zaak te leveren, is zij volgens art. 1273 B. W. voor zijne rekening.

1038. Doch al was ook de schuldenaar reeds in gebreke om de zaak te leveren, zoo is, volgens art. 1480 *b* B. W., wanneer hij voor geene onvoorziene toevallen heeft ingestaan, de verbindtenis toch vernietigd, indien de zaak op gelijke wijze bij den schuldeischer zou vergaan zijn, in geval zij aan hem geleverd ware geweest. Dit kan b. v. het geval zijn, wanneer het dier, dat geleverd moest worden, aan eene doodelijke kwaal leed, of het huis door den bliksem in brand is gestoken. In het algemeen moet hierbij in de eerste plaats gelet worden op den aard van het toeval of de oorzaak, waardoor de zaak te niet is gegaan, maar tevens op andere omstandigheden, die bij de beoordeeling in aanmerking kunnen komen; gelijk b. v., dat de schuldeischer de zaak spoedig weer verkocht zou hebben, en zóó de schade zou zijn ontweken. Het bewijs is ook hier weer, blijkens het

(1) POTHIER, n. 668; MALLEVILLE, op art. 1302 C. N., III, bl. 136; TOULLIER, VII, n. 475; DURANTON, XII, n. 505; PESTERS, bl. 30 en v.

derde lid, behoudens de verpligting des schuldeischers ten aanzien van hetgeen zijnerzijds beweerd wordt, ten laste van den schuldenaar (1). De bepaling van art. 1480 *b* B. W. neemt intusschen niet weg, dat, wanneer de schuldeischer van den tijd der nalatigheid van den schuldenaar tot op het vergaan der zaak daarvan eenig genot had kunnen hebben, het gemis hiervan hem door den schuldenaar vergoed moet worden; de vernietiging der verbindtenis kan toch niet werken vóórdat zij heeft plaats gehad (2).

1039. Ook waar overigens de vereischten van art. 1480 *a* B. W. aanwezig zijn, gaat echter de verpligting tot teruggave eener gestolene zaak niet te niet. „Op welke wijze ook eene gestolene zaak vergaan of verloren zij, ontslaat dit verlies dengenen die deze zaak ontvreemd heeft geenszins van de verpligting om de waarde te vergoeden" ; art. 1480 *d* B. W. De wet zegt hier bepaaldelijk, dat de *wijze* van vergaan of verloren gaan niets afdoet, en het baat dus niet, dat zulks zonder schuld van den schuldenaar heeft plaats gehad. De wet zegt echter niet, dat het almede niets afdoet, of de zaak evenzeer bij den schuldeischer zou vergaan zijn. En daar het eene ongegronde hardheid zijn zou, zoo men ook dan nog den schuldenaar aansprakelijk wilde houden, omdat men daardoor den schuldeischer inderdaad niet meer schadeloos zou doen zijn, maar hem zou verrijken ten koste van den schuldenaar, zal men de bepaling van art. 1480 *b* B. W., waarop met betrekking tot de exceptionele bepaling van het vierde lid geene uitzondering wordt gemaakt, ook hierbij moeten toepassen, en mag men dus daarin ook eene matiging dier strengere bepaling zien. Dit wordt dan ook nog bevestigd door hetgeen ten aanzien van den bezitter te kwader trouw uitdrukkelijk bepaald is in art. 634 3° B. W. (3).

1040. De wet zegt in art. 1480 *d*, dat het verlies dengene, die de zaak ontvreemd heeft, niet ontslaat, en drukt zich hier dus meer bepaald uit, dan anders in deze afdeeling, als zij spreekt van het vervallen der verbindtenis. Het is dan ook bepaaldelijk met het oog op den ontvreemder, dat die strengere bepaling gemaakt is (4), en men

---

(1) TOULLIER, VII, n. 467; DURANTON, XII, n. 501—503. Verg. POTHIER, n. 664; PESTERS, bl. 18. — (2) Verg. DURANTON, XII, n. 504. — (3) Verg. DURANTON, XII, n. 506; ZACHARIAE, I, § 331, bl. 364, n. 1; OPZOOMER, III, bl. 89 en v. Anders TOULLIER, VII, n. 468; MARCADÉ, IV, n. 866; PESTERS, bl. 32 en v. — (4) Zij is eene strengere bepaling *en haine du vol*, gelijk MALLEVILLE, III, bl. 136, zegt, en niet een gevolg daarvan, dat de dief van den aanvang af in gebreke zou zijn. Dit is in geene bepaling der wet gegrond; en dat zijne verpligtingen dezelfde zijn als van een nalatigen schuldenaar, sluit daarom niet in, dat ook hij geacht moet worden in gebreke te zijn. Zie echter TOULLIER, VII, n. 468; DURANTON, XII, n. 405; DE PINTO, II, § 791, bl. 406; 3e uitg. § 851, bl. 508 en v.; SCHÖLLER, op art. 1480 B. W.; PESTERS, bl. 31 en v.

mag dus aannemen, dat zijne erfgenamen tot geene vergoeding gehouden zijn, zoo de zaak zonder zijne of hunne schuld verloren gegaan is (1). Zij zijn dan ook persoonlijk vreemd aan zijne daad, hebben daaruit geen voordeel getrokken, en zijn eenvoudig verpligt tot afgifte der zaak, maar vallen dan ook als zoodanig in de termen van het eerste lid. Intusschen geldt dit alleen, wanneer de zaak na den dood van den ontvreemder vergaan is; anders was deze reeds bij zijn leven, overeenkomstig het vierde lid, tot vergoeding der waarde gehouden, en zou op zijne erfgenamen, die in het algemeen in zijne verpligtingen opvolgen, ook die verpligting overgaan (2).

1041. Die bepaling van art. 1480 *d* B. W. is natuurlijk ook toepasselijk op hem, die met geweld eene zaak heeft geroofd. Zij is het evenzeer op bezitters te kwader trouw, als die, volgens art. 634, 3° B. W., in geval zij het goed niet kunnen teruggeven, en niet kunnen bewijzen, dat de zaak evenzeer zou vergaan zijn, indien de eigenaar die had bezeten, verpligt zijn om daarvan de waarde te voldoen, zelfs wanneer het goed buiten hunne schuld of bij toeval is verloren gegaan.

1042. Wanneer nu de zaak onder de behandelde voorwaarden vergaat, hetgeen door den schuldenaar moet bewezen worden, zoo vervalt de verbindtenis. Dit veronderstelt echter een geheel vergaan der zaak; zoo deze slechts ten deele verging, zou ook de verbindtenis slechts ten deele en voor zoo verre vervallen (3). De verbindtenis vervalt, met alles wat daaraan verbonden was.

1043. En wanneer nu ook al de oorzaak van dit vervallen ophield, doordien de zaak, na buiten den handel geraakt te zijn, weder in den handel kwam, of die, van wier bestaan men ten eenenmale onkundig was, is teruggevonden, zou echter, mijns bedunkens, de verbindtenis zonder nieuwe overeenkomst, niet herleven. Eene verbindtenis toch, die vernietigd is, bestaat niet meer, en kan dus niet weder ontstaan, dan door eene der gewone oorzaken van verbindtenis, en alzoo, daar geene bepaling der wet haar doet herleven, niet anders dan uit kracht eener overeenkomst (4).

1044. Intusschen is, volgens art. 1481 B. W., de schuldenaar gehouden, in geval hij eenige regten of vorderingen tot schadevergoeding betrekkelijk de vergane, buiten den handel geraakte of verlorene zaak heeft, die aan zijn' schuldeischer af te staan. Aan art.

---

(1) TOULLIER, VII, n. 468; DE PINTO, t. a. p.; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1480 B. W. — (2) Verg. PESTERS, bl. 33 en v.; OPZOOMER, III, bl. 90. Anders in de 1e uitg. — (3) Verg. POTHIER, n. 660. — (4) DE PINTO, II, § 790, bl. 405; 3e uitg. § 850, bl. 508; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1480 B. W. Anders echter TOULLIER, VII, n. 477; PESTERS, bl. 52—54.

1303 C. N. wordt tegengeworpen, dat het tot niets leidt, omdat, daar bij eene verbindtenis om te geven de eigendom der zaak met het ontstaan der verbindtenis overgaat, de schuldeischer alle regten en vorderingen heeft, die de schuldenaar hem zou kunnen geven (1). Wat daarvan zij, bij de afwijking van dat beginsel in onze wet geldt althans tegen art. 1481 die aanmerking niet; de schuldeischer zou op zich zelf die regten en schuldvorderingen niet kunnen uitoefenen; maar niets is dan ook billijker en natuurlijker dan dat ze hem door den schuldenaar worden afgestaan. Men kan dit zelfs geene uitzondering op het te niet gaan der verbindtenis noemen; die regten en vorderingen toch komen als het ware in de plaats der zaak, die in zoo ver niet geheel verloren is gegaan, wanneer er nog zoo iets aanwezig is.

1045. Op gelijke wijze moet in elk geval, bij niet volstrekt geheel verlies der zaak, de schuldenaar datgene afgeven, wat van de zaak is overgebleven, al was deze op zich zelve beschouwd ook ondeelbaar; of hetgeen, als behoorende bij de zaak, daarmede verschuldigd was en in stand gebleven is (2). Voorts is het natuurlijk even zeker, dat, wanneer de schuldenaar zelf het regt heeft uitgeoefend of de vordering doen gelden, waarvan art. 1481 spreekt, hetgeen hij te dier zake genoten heeft, ook door hem aan den schuldeischer moet worden afgestaan.

1046. Hetgeen art. 1480 *a* B. W. zegt, dat de verbindtenis vervalt, moet, gelijk ASSER aanmerkt, zoo worden verstaan, dat de verbindtenis of liever de verpligting tot levering ophoudt, en alzoo niet de geheele verbindtenis wordt opgeheven, en de overeenkomst, zoo zij daaruit voortspruit, vernietigd (3). Wij hebben dan ook hierboven reeds de vraag beschouwd, of, wanneer eene zaak te niet gaat, zonder eenige schuld of nalatigheid van den schuldenaar, de schuldeischer evenwel aan zijne verpligtingen jegens dezen gehouden blijft, en wij hebben haar met het oog op zuivere verbindtenissen, die den eigendom eener zaak ten onderwerp hebben, bevestigend beantwoord (4). Men kan daarvoor nog een' grond ontleenen uit art. 1481 B. W., dat bij eene andere opvatting vrij doelloos wezen zou;

---

(1) POTHIER, n. 670; TOULLIER, VII, n. 476; DURANTON, XII, n. 494; ZACHARIAE, I, § 331, bl. 363, n. 11; MARCADÉ, IV, n. 867. Verg. PESTERS, bl. 44 en v. — (2) POTHIER, n. 669; TOULLIER, VII, n. 475; SCHÜLLER, op art. 1481 B. W.; PESTERS, bl. 39 en v. — (3) Verg. hierboven n. 6—9. — (4) Zie hierboven n. 58. Verg. VOORDUIN, V, bl. 183 en v.; ASSER, § 748; DE PINTO, II, § 790, bl. 406; 3e uitg. § 850, bl. 508; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1480 B. W.; OPZOOMER, III, bl. 86 en v. Zie ook TOULLIER, VII, n. 447 en v.; DURANTON, XII, n. 495 en v.; MARCADÉ, IV, n. 870; PESTERS, bl. 48 en v.

vermits een schuldeischer wel niet dikwijls genegen zou zijn om, zoo ook hij van de verbindtenis ontslagen was, deze zijnerzijds na te komen en daarvoor van de andere zijde slechts den afstand van eenig regt of vordering te bekomen.

1047. In deze afdeeling wordt alleen gesproken van de verbindtenissen tot het geven eener bepaalde zaak. Ook bij die, welke strekken om iets te doen, moet hetzelfde gelden, wanneer de schuldenaar door overmagt of toeval verhinderd is geworden om te doen wat hij moest (2). Art. 1281 B. W. bepaalt ook, dat dan geene vergoeding van kosten, schaden en interessen plaats heeft; de oorspronkelijke verbindtenis lost zich dus in deze niet op en gaat alzoo geheel te niet. Hier is echter ook de schuldeischer zijnerzijds van alle verpligting ontheven (2).

AFDEELING VIII.

Van de nietigheid en van de vernietiging der verbindtenissen.

§ 13.

Inleiding.

1048. Het onderwerp van deze afdeeling heeft, vooral naar het Fransche regt, tot uiteenloopende beschouwingen aanleiding gegeven, die wij kortheidshalve hier niet zullen uiteenzetten, om ons alleen te bepalen tot eene voorstelling, die ons naar den aard der zaak en naar de bedoeling des wetgevers de ware voorkomt. Wij merken slechts aan, dat die uiteenloopende beschouwingen het gevolg waren eener, naar het schijnt, min gelukkige behandeling van het onderwerp in de wet; en dat, hoezeer de bepalingen der onze in menig opzigt de voorkeur boven de Fransche verdienen, ook zij echter door het bezigen van onderscheidene uitdrukkingen voor dezelfde zaak, en he

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 462; ZACHARIAE, I, § 331, bl. 363, n. 6; MARCADÉ, IV, n. 862, 869. — (2) Verg. hierboven n. 65, 70; OPZOOMER, III, bl. 88; MARCADÉ, IV, n. 870.

zamenvoegen van twee uitdrukkingen, van welke de eene voldoende was, en de andere doet denken aan iets, waarover hier niet gehandeld wordt, tot verwarring en verkeerde voorstellingen aanleiding schijnt te geven.

1049. Met het laatste bedoelen wij, dat het opschrift spreekt *van de nietigheid en van de vernietiging* der verbindtenissen; alsof die in deze afdeeling als verschillende oorzaken voorkwamen, waardoor de verbindtenissen te niet gaan. De uitdrukking van art. 1417 B. W., dat verbindtenissen te niet gaan door de nietigheid *of* de te-niet-doening, schijnt dan ook nog meer juist te zijn, gelijk ook het opschrift dezer afdeeling in het Wetb. van 1830 luidde: »van de nietigheid *of van* de te-niet-doening der verbindtenissen", hoezeer ook deze uitdrukkingen inderdaad niet juist genoemd mogen worden. Wel verre van te ontkennen, dat er een belangrijk onderscheid bestaat tusschen nietigheid en vernietiging van verbindtenissen, geloof ik echter niet, dat, met zoodanige onderscheiding, van beide sprake kan zijn, waar het de wijzen geldt, waarop verbindtenissen te niet gaan.

1050. Ik betwijfel namelijk zeer de juistheid dier onderscheiding, gelijk zij onder anderen door DE PINTO wordt voorgesteld, volgens welke de nietigheid tot enkelen grondslag heeft de wet of de handeling zelve, zoodat hij, die zich daarop beroept, slechts het bestaan der reden van nietigheid behoeft te bewijzen, en de regter in dat geval in geen verder onderzoek behoeft te treden naar eenige feiten, maar eenvoudig de wet toepast en de handeling nietig verklaart; terwijl de vernietiging eene op zich zelve wettige en verbindende handeling zou veronderstellen, die van kracht is en niet vernietigd kan worden, dan nadat de klagende partij bewezen heeft, dat zich daarin een verborgen gebrek bevindt, en zij daardoor schade heeft geleden, zoodat het hier aankomt op een onderzoek van feiten, naar wier bestaan de regter de vernietiging kan uitspreken of verwerpen (1). Mijns bedunkens heeft niet alleen de nietigheid, maar ook de vernietiging noodzakelijk haren grond in de handeling zelve, waarvan de verbindtenis het gevolg zou moeten zijn, in verband met de bepalingen der wet, en veronderstelt ook niet alleen de nietigheid, maar evenzeer de vernietiging eene oorzaak van verbindtenis, die, uit welken hoofde dan ook, volgens de bepalingen der wet als zoodanig onbestaanbaar is. Naar het mij voorkomt, moet men aldus onderscheiden, dat nietigheid der verbindtenis dan plaats heeft, wanneer hetgeen de bron van deze zou moeten zijn, zoozeer als zoodanig onbestaanbaar is, dat in het oog der wet geheel geene verbindtenis be-

---

(1) DE PINTO, II, § 793, bl. 406 en v.; 3e uitg. § 853, bl. 509. Zoo ook VERNEDE, bl. 691, n. *a*.

staat; maar dat vernietiging daarentegen te pas komt, waar ook wel de handeling, waarvan zij het gevolg zou zijn, volgens de wet onbestaanbaar is — hoe toch zou anders dat gevolg vernietigd worden? — maar slechts in zoo ver onbestaanbaar, dat de verbindtenis *vernietigd worden kan*, maar niet noodwendig *nietig is*, en daarom blijft bestaan, totdat zij door den regter vernietigd wordt, en dus voor altoos geldig blijft, zoo hare vernietiging niet gevorderd wordt (1).

1051. De vernietiging is dan ook gemakkelijk te onderscheiden van de ontbinding, die slechts te pas komt waar eene geldige verbindtenis ten gevolge van bijzondere omstandigheden ontbonden wordt (2); hoezeer onze wet wel eens min juist, b. v. in art. 1553 B. W., van vernietiging spreekt, waar ontbinding bedoeld wordt. Die vernietiging komt, gelijk uit onze voorstelling van zelf volgt, slechts in die gevallen te pas, waar de wet uitdrukkelijk zulk eene onbestaanbaarheid heeft vastgesteld, en die wij, voor zoo ver zij de verbindtenissen in het algemeen betreffen, straks nader zullen beschouwen.

1052. Buiten die gevallen zijn de verbindtenissen óf geldig, behoudens de mogelijkheid harer ontbinding, óf nietig. Dit laatste is het geval, zoo dikwijls iets is verrigt of verzuimd, wat de wet uitdrukkelijk op straf van nietigheid verbiedt of voorschrijft, of wanneer de wet zelve onder bepaalde omstandigheden eene overeenkomst of verbindtenis nietig of van onwaarde noemt; en tevens zoo dikwijls eenig gebrek, hoezeer daaraan door de wet niet uitdrukkelijk de straf van nietigheid verbonden is, uit den aard der zaak het bestaan eener verbindtenis onmogelijk maakt (3). Ons hier tot deze algemeene opmerking bepalende, meenen wij met grond te mogen aanmerken, dat ten aanzien van hetgeen aldus nietig is geene vernietiging kan te pas komen, omdat het niet bestaat; maar dat dan ook die nietigheid wel eene oorzaak kan zijn, waarom eenige verbindtenis, hoezeer schijnbaar aanwezig, geacht moet worden niet te bestaan, doch niet van het te niet gaan van zoodanige verbindtenis, vermits iets, om te niet te kunnen gaan, vooraf werkelijk moet bestaan. Het is zeer wel mogelijk, dat des regters beslissing noodig is omtrent de vraag, of de schijnbaar aanwezige verbindtenis geldig of nietig is; maar de regter vernietigt dan in het laatste geval de verbindtenis niet; hij verklaart slechts, dat zij niet bestaat. De in art. 1490 B. W. gestelde termijn komt hierbij dan ook niet in aanmerking (4). Men kan voorts wel spreken van zoodanige nietigheid, die aanleiding geeft tot vernietiging, wanneer men de nietigheid in een ruimeren zin opvat, ge-

(1) Verg. MARCADÉ, IV, n. 871. — (2) TOULLIER, VII, n. 551; DURANTON, XII, n. 552; MARCADÉ, IV, n. 884. — (3) Verg. hierover TOULLIER VII, n. 480 en v. — (4) Verg. MARCADÉ, IV, n. 883.

lijk meermalen plaats heeft; en dit kan dan ook de wetgever te dezer plaatse bedoeld hebben. Maar waar men nietigheid en vernietiging naast of tegenover elkander stelt, kan hier van de eerste geen sprake zijn, gelijk daarvan ook in deze afdeeling verder geen sprake is.

1053. Wij spraken voorts van onderscheidene uitdrukkingen, door den wetgever gebezigd voor dezelfde zaak. Wat in het opschrift dezer afdeeling *vernietiging* heet, wordt in art. 1418, gelijk ook in art. 1929 B. W., *tenietdoening* genoemd, en is hetzelfde, wat onder *nietig-verklaring* verstaan moet worden in art. 1487—1492 B. W., gelijk ook art. 1482 *a* in dien zin spreekt van verbindtenissen, die worden *nietig verklaard.* De hoogleeraar VAN ASSEN onderscheidt, gelijk ook anderen, *nietig-verklaring* en *vernietiging* der verbindtenissen, en behandelt die als twee verschillende oorzaken, waardoor de verbindtenissen te niet gaan; terwijl hij *te-niet-doening* en *nietig-verklaring* als gelijkluidend schijnt te beschouwen, en daaraan de bepaalde beteekenis hecht van eene „regterlijke uitspraak der nietigheid van verbindtenissen, door de wet regtswege als nietig beschouwd", waardoor dan de vernietiging beperkt wordt tot die verbindtenissen, welke niet van regtswege nietig verklaard zijn (1). Ik vermeen echter de juistheid dier onderscheiding in twijfel te mogen trekken (2).

1054. Daartegen toch schijnt vooreerst met grond te kunnen worden aangevoerd, dat naar die opvatting de vernietiging, waarop het naar onze meening juist aankomt, en die ook door den heer VAN ASSEN afzonderlijk behandeld wordt, in art. 1417 B. W. geheel niet zou vermeld zijn; en dat die voorstelling voor het minst in strijd is met de letter der wet, die in art. 1488 B. W. spreekt van *nietig-verklaring*, op grond van geweld, dwaling of bedrog, welke volgens art. 1485 eene regtsvordering tot *vernietiging* opleveren, en die voorts in art. 1489, 1490 en 1492, blijkens de bepalingen zelve, en zonder twijfel in art. 1491 B. W. evenzeer, onder *nietig-verklaring* de tenietdoening eener verbindtenis verstaat, onverschillig of die het gevolg is van de onbekwaamheid van eene der partijen, of van geweld, dwaling of bedrog. Het is zoo; de schrijver schijnt hier aan een verkeerd gebruik van dat woord te denken, maar geeft echter hiervoor geene gronden op. Wij vinden voor onze meening een gewigtigen grond in art. 1499 Wetb. van 1830, waar „verbindtenissen door dwaling, geweld of bedrog te weeg gebragt" en die aangegaan

(1) *Leiddraad*, § 410 en v., 423, 444 en v., 447 en v., bl. 451 en v., 464, 490, 403. In de 2e uitg. § 444, 447, is die tenietdoening eene volstrekte nietigverklaring genoemd, tegenover de nietigverklaring of betrekkelijke vernietiging. Verg. ook G. B. EMANTS, *De restitutione in integrum jure Neerlandico* (Leyden 1843), bl. 9 en v. — (2) Verg. OPZOOMER, III, bl. 93—96; MARCADÉ, IV, n. 872 en v.

zijn door minderjarigen, zoo als die daar nader omschreven worden, tezamen worden genoemd, en gezegd worden eene regtsvordering op te leveren tot nietig-verklaring of tot vernietiging. In deze opnoeming schijnt nietig-verklaring en vernietiging gelijk gesteld te zijn; althans had, indien de onderscheiding, die wij bestrijden, moest worden aangenomen, van beide juist in omgekeerde orde gesproken moeten zijn. In de bepaling van art. 1500 van dat Wetboek, dat verbindtenissen, aangegaan door minderjarigen, moeten worden *nietig verklaard*, zal men dan ook wel geene tegenstelling met *vernietiging* mogen zien, daar dan ook had moeten bepaald zijn, dat verbindtenissen, door dwaling, geweld of bedrog te weeg gebragt, moeten worden vernietigd; en echter is van deze in het geheel geen sprake meer, behalve in art. 1512, waar weder, even als in art. 1490 B. W., tevens van de regtsvordering op grond van onbekwaamheid gesproken wordt. De afscheiding van het onderwerp van art. 1499 Wetb. van 1830, in art. 1482 en 1485 B. W., is zeer natuurlijk, omdat art. 1483 en 1484 slechts zien op de onbekwaamheid om verbindtenissen aan te gaan, niet op het gebrek, waaraan de toestemming lijdt; en de opgave der volgorde in de memorie van toelichting, die het Ontwerp van 13 Februarij 1833 vergezelde (1), zal dus ook wel niet tegen onze meening kunnen worden aangevoerd.

1055. Wanneer men ten anderen let op den aard der zaken, zoo schijnt er almede geen grond te bestaan tot zoodanige onderscheiding tusschen nietig-verklaring en vernietiging. Zoowel wanneer eene der partijen de vereischte bekwaamheid niet bezat, als wanneer de toestemming leed aan geweld, dwaling of bedrog, ontbreekt er iets aan hetgeen, volgens art. 1356 B. W., tot de bestaanbaarheid der overeenkomsten wordt vereischt. In beide gevallen is de handeling niet volstrekt nietig, alsof er geene verbindtenis bestond, maar is er eene regterlijke uitspraak noodig, waardoor eene anders bestaande verbindtenis wordt vernietigd, te niet gedaan, of wat hetzelfde is, verklaard nietig te zijn. En al spreekt art. 1482 *a* B. W. van eene nietigheid van regtswege, zoo ontneemt dit niets aan de geldigheid onzer meening; wij zullen nader zien, wat daarvan de beteekenis zij, en vinden daar in allen gevalle van eene nietig-verklaring gesproken, die wel *moet* volgen, maar toch ook slechts *kan* volgen op eene daartoe gedane vordering. Wij zouden hierbij misschien nog mogen aanmerken, dat, wanneer men een sterkeren graad van nietigheid moest aannemen in het geval van onbekwaamheid dan in het geval eener gebrekkige toestemming, het vreemd geacht mag worden, dat niet alleen daarvan in den tweeden titel van dit boek niets blijkt, maar daar zelfs het woord „nietigheid" wel ten aanzien van dwaling en geweld, doch niet

(1) VOORDUIN, V, bl. 132. Verg. ASSER, § 734.

ten aanzien der onbekwaamheid wordt gebezigd. In beide gevallen moet voorts de grond der vernietiging evenzeer bewezen worden; en zoo dit bewijs al in het eene meer eenvoudig en gemakkelijker te leveren is dan in het andere, moet toch des regters uitspraak telkens op een bewezen feit gegrond zijn. Eindelijk is in beide gevallen, blijkens art. 1487 en v. B. W., dit het gevolg der nietig-verklaring, dat de zaken en de partijen worden hersteld in den staat, waarin zij zich vóór het aangaan der verbindtenis bevonden, zoodat deze geheel nietig of vernietigd wordt. Er bestaat dus inderdaad geen onderscheid tusschen eene nietig-verklaring en eene vernietiging der verbindtenis, en de bepalingen dezer afdeeling betreffen in zoo ver alle één en hetzelfde onderwerp, éëne en dezelfde wijze, waarop verbindtenissen te niet gaan.

§ 14.

Van de vernietiging der verbindtenissen.

1056. Tot de nadere behandeling hiervan overgaande, acht ik de aanmerking niet overbodig, dat hier gesproken wordt van de vernietiging *der verbindtenissen*; dat art. 1417 B. W., waarvan ook deze afdeeling eene nadere ontwikkeling is, dit medebrengt, en dat dit gelijkelijk het geval is met den geheelen titel, die, van haar te niet gaan handelende, de algemeene beschouwing der verbindtenissen voltooit. Wanneer men dit in aanmerking neemt, dan zal wel alles, wat betrekking heeft op de vernietiging van andere handelingen, bij de beschouwing van ons tegenwoordig onderwerp buiten aanmerking moeten blijven.

1057. De gronden, waarop in het algemeen vernietiging eener verbindtenis gevraagd kan worden, kunnen tot twee teruggebragt worden: onbekwaamheid der partijen of van éëne van haar, en gebrekkige toestemming. Aan deze beide gebreken der overeenkomst is ook juist in den tweeden titel van dit boek de bevoegdheid verbonden, om vernietiging te vragen. Waar iemand op zijn' eigen naam zich verbonden of iets bedongen heeft voor een' derde, heeft dit, gelijk wij vroeger zagen, geen gevolg in regten, omdat niemand daarop eenige vordering gronden kan (1). Waar geen behoorlijk onderwerp der overeenkomst bestaat, daar is alle begrip van overeenkomst onbestaanbaar; en waar de overeenkomst zonder oorzaak of uit eene valsche of ongeoorloofde oorzaak is aangegaan, is zij, volgens art. 1371 B. W., krachteloos en dus zonder gevolg (2).

---

(1) Verg. hierboven n. 463. — (2) Verg. hierboven n. 520, 542. Vanhier dat eene verbindtenis, gegrond op eene overeenkomst zonder oorzaak, ook voor geene stilzwijgende bekrachtiging vatbaar is. Verg. DURANTON, XII, n. 559.

1058. Art. 1486 B. W. zegt nog, dat meerderjarigen en ook minderjarigen, wanneer zij als meerderjarigen worden aangemerkt, — d. i., volgens art. 1484 B. W., wanneer door hunne wettelijke vertegenwoordigers, binnen den kring der bevoegdheid van dezen en met inachtneming der voorgeschrevene formaliteiten, is gehandeld, — uit hoofde van benadeeling alleen de vernietiging der verbindtenissen kunnen vorderen in de bijzondere gevallen bij de wet voorzien. Hier moet natuurlijk aan enkele benadeeling, zonder geweld, dwaling of bedrog gedacht worden. Deze bepaling, — die ten deele het gevolg is eener afwijking van het Fransche regt in art. 1482 B. W., en overigens eene navolging van art. 1313 C. N., — schijnt voorts tegelijk overbodig, omdat ook zonder haar bijzondere bepalingen van nietigheid in enkele gevallen geene toepassing op andere gevallen zouden kunnen vinden; en ongepast, omdat er geene bijzondere gevallen schijnen te bestaan, waarin bepaaldelijk van vernietiging van verbindtenissen uit hoofde van benadeeling gesproken wordt; terwijl met name de vernietiging van eenen verkoop uit dien hoofde, toegelaten in art. 1674 en v. C. N., bij ons niet bekend is. Men ziet hierbij gewoonlijk verwijzen naar de bepalingen omtrent vernietiging eener aanvaarding van eene erfenis of eener boedelscheiding wegens benadeeling, volgens art. 1099 *b*, 1158 en v., 1270 B. W. (1), maar, naar het schijnt, overeenkomstig onze zoo even gemaakte aanmerking, niet met regt, omdat daar sprake is van vernietiging niet van verbindtenissen, maar van zekere handelingen; en omdat, zoo al de vernietiging dier handelingen tevens eenige verbindtenis kan doen te niet gaan, dit dan een gevolg dier vernietiging is, en geene afzonderlijke vernietiging der verbindtenis uit hoofde van benadeeling. Art. 1895 *b* B. W. herhaalt voorts nog eens ten overvloede, dat men tegen eene dading niet uit hoofde van benadeeling kan opkomen.

1059. Wegens onbekwaamheid zijn, volgens art. 1482 *a* B. W., voor vernietiging vatbaar alle verbindtenissen door minderjarige of onder curatele gestelde personen aangegaan, en volgens art. 1482 *b* die, welke aangegaan zijn door getrouwde vrouwen en door minderjarigen, die handligting hebben bekomen, maar alleen voor zoo ver ze hunne bevoegdheid te boven gaan. Wat de handligting betreft, zoo heeft men hier vooral te denken aan de beperkte of onvolkomene; de volkomene handeling, door welke de minderjarige meerderjarig wordt, kan hier echter ook in aanmerking komen, wanneer de hooge raad, overeenkomstig art. 479 B. W., heeft bepaald, dat de meerderjarig-

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 134; ASSER, § 737; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1486 B. W.

verklaarde desniettegenstaande totdat hij den vollen ouderdom van drieëntwintig jaren heeft bereikt, zijne onroerende goederen niet anders zal mogen vervreemden of bezwaren, dan met toestemming der arrondissements-regtbank.

1060. Volgens art. 1305 C. N. geeft enkele benadeeling ten behoeve van den minderjarige grond tot vernietiging der verbindtenis, maar is dan ook zoodanige benadeeling noodig om die vernietiging te vragen. In het Wetb. van 1830 behelsde art. 1502 eene gelijke bepaling ten aanzien van minderjarigen, die den ouderdom van achttien jaren hebben bereikt, terwijl volgens art. 1500 verbindtenissen aangegaan door minderjarigen, die dien ouderdom nog niet hebben bereikt, alleen op grond van dien ontoereikenden ouderdom moesten worden nietig verklaard. Bij de latere herziening heeft men dit algemeen gemaakt voor allen, die in het algemeen onbekwaam zijn om overeenkomsten aan te gaan, voor zoo ver zij daartoe onbekwaam zijn. De bepaling is daardoor in overeenstemming met art. 1366 en v. B. W., en er bestaat nu geene onbetwistbare verbindtenis ten aanzien van hen, die onbekwaam zijn haar aan te gaan (1).

1061. De verbindtenissen worden nu nietig verklaard „op den enkelen grond der minderjarigheid of der curatele", of liever in het algemeen op den enkelen grond der onbekwaamheid van hem, die de nietig-verklaring vordert; en zij moeten op dien grond nietig verklaard worden, zoodat, waar hij bestaat, geene andere omstandigheden eenigen invloed kunnen hebben op de vraag, of de verbindtenis al of niet nietig verklaard zal worden. En ofschoon nu veelal de nietig-verklaring niet zal gevraagd worden, zonder benadeeling, is deze evenwel niet noodig; zij komt bij de beslissing niet in aanmerking; en het zou zelfs niets ter zake doen, wanneer de tegenpartij het bewijs kon leveren, dat de onbekwame persoon werkelijk bij de verbindtenis is bevoordeeld. Bij de vaststelling onzer bepaling werd tevens in aanmerking genomen de moeijelijkheid, aan de beoordeeling der benadeeling verbonden. Men begreep namelijk, dat de materiële benadeeling niet als de ware toetssteen behoorde te worden aangenomen, omdat eene handeling, hoezeer den minderjarige niet geldelijk benadeelende, echter tegen zijne werkelijke belangen strijden kan; terwijl, wanneer men de benadeeling verder dan tot het geldelijk verlies uitstrekte, de wederpartij in eene te groote onzekerheid verkeeren en buiten staat zijn zou te beoordeelen, of op zich zelve redelijke en niet nadeelige verbindtenissen al dan niet met de belangen van den onbekwame strookten (2).

(1) Verg. 4e kgr. Amsterdam 17 Dec. 1852, *W.* 1399. — (2) Verg. VOORDUIN, V, bl. 128-131; ASSER, § 735; DE PINTO, II, § 793, bl. 408; 3e uitg. § 853, bl. 509 en v.; SCHÜLLER, op art. 1482 B. W.; EMANTS, bl. 66 en v.

1062. Art. 1482 B. W. zegt, dat die verbindtenissen van regtswege nietig zijn; eene uitdrukking, waarmede men alleen het verder gezegde schijnt te hebben willen versterken, dat zij op den enkelen grond der minderjarigheid enz. nietig verklaard moeten worden, maar die anders misschien minder gepast is, omdat de verbindtenissen inderdaad niet nietig zijn, alvorens zij nietig zijn verklaard op eene daartoe gedane vordering, gelijk ook de wet zelve onmiddellijk daarop uitdrukkelijk hiervan spreekt (1).

1063. „Eene daartoe door hen of van hunnentwege gedane vordering," zegt art. 1482 *a*, en deze woorden zijn opzettelijk daarin opgenomen (2); alleen hunnerzijds toch kan, volgens art. 1367 B. W., tegen de verbindtenis opgekomen worden. Zij zelve zijn daartoe bevoegd, na het ophouden der onbekwaamheid; van hunnentwege kan de vordering gedaan worden door hunne wettelijke vertegenwoordigers. Van hen zelve gaat intusschen die bevoegdheid ook over op hunne erfgenamen en regtverkrijgenden (3). Zij bestaat algemeen, ook dan wanneer de andere partij uit dezelfde of eene andere oorzaak nietig-verklaring vorderen kan. Maar de tegenpartij is daartoe op grond hunner onbekwaamheid niet bevoegd, en evenmin de hoofdelijke medeschuldenaren van den onbekwame, die ook volgens art. 1323 *b* B. W. zich niet mogen bedienen van zoodanige exceptiën, welke enkel aan de personen hunner medeschuldenaren eigen zijn; noch ook de borgen, die zich overeenkomstig art. 1858 *b* B. W. als zoodanig gesteld hebben (4).

1064. In het Romeinsche regt was de restitutio in integrum den minderjarige ontzegd, wanneer hij zich had uitgegeven voor een' meerderjarige (5). In afwijking daarvan bepaalt art. 1307 C. N., dat »la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution"; terwijl uit de woorden »*simple* déclaration" werd afgeleid, dat de minderjarige niet in zijn geheel kan worden hersteld, wanneer hij bedriegelijke kunstgrepen had aangewend, om zich voor meerderjarig te doen doorgaan (6). Art. 1307 C. N. is door onzen wetgever niet overgenomen, ofschoon het in art. 1504 Wetb. van 1830 voorkwam; intusschen lijdt het geen twijfel, dat bij ons hetzelfde gelden moet. En daar men bij ons, bij gemis van zoodanige bepaling, ook geen grond heeft voor hetgeen uit de gemelde uitdrukking van art. 1307 werd afgeleid, geloof ik met grond te mo-

---

(1) DE PINTO, 3e uitg. § 853, bl. 511. Verg. voorts OPZOOMER, III, bl. 91 en v. — (2) VOORDUIN, V, bl. 132. — (3) DURANTON, XII, n. 547; ZACHARIAE, I, § 335, bl. 369. — (4) ZACHARIAE, t. a. p. Ook derden, die geene partij waren, zijn niet bevoegd; Groningen 22 Febr. 1853, *W.* 1432. — (5) L. 2, 3 C. *si minor se majorem dixerit* (II, 43). — (6) Zie TOULLIER, VII, n. 389 en v.; ZACHARIAE, I, § 335, bl. 369, 1°.

gen aannemen, dat de minderjarige, wat hij ook aanwendde om zich voor een' meerderjarige te doen houden, evenwel in elk geval vernietiging der verbindtenis vragen kan. Art. 1482 B. W. spreekt toch algemeen, en zonder wetsbepaling zal het wel niet kunnen opgaan, dat eene verbindtenis, die anders voor vernietiging vatbaar is, ten gevolge van een gepleegd bedrog daarvoor onvatbaar worden zou; al wil men voor het overige toegeven, dat zoodanige minderjarige waardig geacht kon worden om tot het vragen van vernietiging onbevoegd te worden verklaard.

1065. Art. 1482 B. W. veronderstelt, dat de minderjarigen en andere onbekwame personen zelve gehandeld hebben (1); ten aanzien van getrouwde vrouwen wordt tevens verondersteld, dat zij het deden zonder bijstand of magtiging harer mans of van den regter, daar anders de verbindtenissen hare bevoegdheid niet te boven zouden gaan. Eveneens kan er wel geen twijfel bestaan omtrent de geldigheid van hetgeen de man, volgens art. 160 B. W. de goederen der vrouw beheerende, binnen den kring zijner bevoegdheid als zoodanig heeft verrigt.

1066. Ten aanzien van minderjarigen en onder curatele gestelden wordt voorts in art. 1484 B. W. uitdrukkelijk bepaald, dat zij met opzigt tot zoodanige handelingen, die hun vader, voogd of curator binnen de grenzen zijner bevoegdheid en met inachtneming der te hunnen behoeve voorgeschreven formaliteiten heeft verrigt (2), beschouwd worden, alsof zij die zelve na hunne meerderjarigwording (3) of buiten curatele verrigt hadden, onverminderd hun verhaal op den vader, den voogd of den curator, zoo daartoe gronden zijn. Men is hier geheel afgeweken van het Romeinsche regt, dat ook dan eene restitutio in integrum toekende; en heeft algemeen aangenomen, wat in art. 1314 C. N. slechts ten aanzien van een paar handelingen, verkoop van onroerend goed en boedelscheiding, was bepaald (4). In het algemeen zijn derden nu zeker, dat, wanneer zij met een' vader, voogd of curator binnen den kring zijner bemoeijenissen handelen, de aangegane verbindtenissen om geene andere redenen zullen kunnen

(1) ZACHARIAE, I, § 335, bl. 368, n. 1; DURANTON, XII, n. 544. — (2) Anders kunnen de handelingen vernietigd worden. Verg. mr. KARSSEBOOM, in *N. R. B.*, III, bl. 217; *N. Bijdr. v. R. W.*, V, bl. 173; mr. A. A. DE PINTO, in *Themis*, 2, I, bl. 412—430. — (3) Minder gepast zegt de wet: na hunne meerderjarig*heid*. Verg. *Opm. en Med*, III, bl. 292, 294. — (4) Verg. TOULLIER, VII, n. 583; ASSER, § 736; DE PINTO, II, § 793, bl. 408; 3e uitg. § 853, bl. 511; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1484 B. W. Bij de beraadslaging werd eene andere redactie voorgesteld in plaats van de tegenwoordige, die inderdaad wel voor verbetering vatbaar schijnt; de Regering begreep echter, dat zij zeer duidelijk is, en dit zal ook wel het geval zijn. Zie VOORDUIN. V, bl. 133 en v.

worden vernietigd, dan waarop ook meerderjarigen vernietiging kunnen vragen. Al zijn de minderjarigen of onder curatele gestelden daardoor ook benadeeld, blijft echter de verbindtenis bestaan, en vinden zij hunne vergoeding slechts in het verhaal op den vader, voogd of curator, zoo daartoe gronden zijn, d. i. zoo die zich door slecht beheer wegens kosten, schaden en interessen aansprakelijk heeft gemaakt.

1067. Op de algemeene bepaling van art. 1482 wordt voorts eene uitzondering gemaakt in art. 1483 *b* B. W., volgens hetwelk de minderjarigheid niet kan worden ingeroepen tegen verbindtenissen, door minderjarigen bij huwelijksche voorwaarden aangegaan met inachtneming van art. 206 B. W., d. i. met bijstand van hen, wier toestemming zij tot het aangaan van hun huwelijk noodig hadden. Onder deze voorwaarde zijn minderjarigen, die de vereischten bezitten om een huwelijk aan te gaan, daar tevens bekwaam verklaard om toe te stemmen in alle overeenkomsten, welke de huwelijksche voorwaarden bevatten mogen. Hiertegen kan dus alleen worden opgekomen op zulke gronden, die ook voor meerderjarigen eene regtsvordering tot vernietiging geven (1).

1068. De bepaling van art. 1482 is, volgens art. 1483 *a* B. W., al verder niet toepasselijk op verbindtenissen, voortvloeijende uit een begaan misdrijf of uit eene daad, welke aan een' ander schade heeft veroorzaakt. Zoodanige verbindtenissen zijn ook eigenlijk minder door den minderjarige enz. *aangegaan*, maar vloeijen veelmeer voort uit de wet zelve, aan welke minder- en meerderjarigen evenzeer onderworpen zijn. Derden, die geene overeenkomsten met hen, die daartoe onbekwaam zijn, behoeven te sluiten, moeten tegen schade, hun overigens door deze onbekwame personen veroorzaakt, evenzeer gewaarborgd zijn als tegenover anderen (2). De woorden »uit een begaan misdrijf" kunnen overbodig geacht worden, vermits daaruit geene verbindtenis voortvloeit, wanneer het niet tevens is eene daad, welke aan een' ander schade heeft veroorzaakt (3). Onder de laatste uitdrukking moeten, gelijk teregt door VERNEDE is aangemerkt, niet alleen onregtmatige daden verstaan worden; de wet toch heeft hare bepaling daartoe niet beperkt. Wel moet het altoos zoodanige daad zijn, waaruit krachtens de wet eene verbindtenis voortvloeit, want dit veronderstelt ook art. 1483 *a* B. W.; maar dit kan ook met regtmatige daden het geval zijn, en heeft bepaaldelijk plaats, waar een onbe-

---

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 584. — (2) TOULLIER, VII, n. 585; DE PINTO, II, § 793, bl. 409; 3e uitg. § 853, bl. 512; SCHÜLLER, op art. 1483 B. W. — (3) Art. 1507 Wetb. v. 1830 sprak van een begaan misdrijf of *eenige andere daad*, welke aan eenen derde eenigerlei schade heeft veroorzaakt.

kwame als negotiorum gestor schade heeft veroorzaakt (1). Op gelijke wijze is art. 1842 niet toepasselijk op de verbindtenis krachtens de wet voortvloeijende uit onverschuldigde betaling; en van den minderjarige enz. kan dus worden teruggevorderd, wat deze nog onder zich heeft van hetgeen hem onverschuldigd is betaald.

1069 Men merke voorts op, dat de toepasselijkheid van art. 1482 slechts is uitgesloten ten aanzien van die verbindtenissen zelve, waarvan art. 1483 *a* spreekt. Wanneer deze tot eene dading of eenige andere overeenkomst aanleiding hebben gegeven, gesloten terwijl hij, die de schade veroorzaakt had, nog onbekwaam was om overeenkomsten aan te gaan, dan is op de hieruit voortvloeijende verbindtenis art. 1482 weder in al zijne kracht van toepassing (2). En wanneer eene onregtmatige daad, zoo zij niet onregtmatig geweest ware, toch uit hoofde van onbekwaamheid nietig was, zal ook hare onregtmatigheid geene anders onbestaanbare verbindtenis ten gevolge hebben (3). Voor het overige zij nog aangemerkt, dat, wanneer iemand, die onbekwaam is om overeenkomsten aan te gaan, door een' ander als lasthebber wordt benoemd, hij wel tegenover dezen, maar niet tegenover den derde, met wien hij als zoodanig heeft gehandeld, in zijn geheel hersteld kan worden (4).

1070: Volgens art. 1357 en v. B. W. is geene toestemming van waarde, indien zij door dwaling is gegeven, door geweld afgeperst of door bedrog verkregen, overeenkomstig de nadere ontwikkeling daarvan in de volgende artikelen. De overeenkomst wordt daarom echter niet als niet bestaande aangemerkt. In hoe ver de toestemming voldoende was, hangt ook van de partij zelve af, die buitendien het gebrek der toestemming door latere goedkeuring of erkenning kan verhelpen. Maar verbindtenissen, door geweld, dwaling of bedrog aangegaan, leveren eene regtsvordering op tot hare vernietiging; art. 1485 B. W. De wet spreekt hier algemeen, en bijaldien iemand tot het aangaan eener overeenkomst gedwongen werd door iemand, die zelf daartoe volgens de wet onbekwaam was, zou natuurlijk de bepaling van art. 1367 *b* B. W. hem niet kunnen beletten, ter zake van dat geweld de vernietiging te vorderen.

1071. De wet zegt ten aanzien van deze verbindtenissen niet, dat zij van regtswege nietig zijn; in tegendeel wordt dit juist als een onderscheid tusschen deze oorzaak van nietigheid en de vorige voorgesteld,

---

(1) Verg. hierboven n. 615, en I, n. 703; ZACHARIAE, I, § 335, bl. 370, 4°; VERNEDE, op art. 1483 B. W. Anders SCHÜLLER, ald.; DABELOW, § 1103, II, bl. 356 en v. — (2) TOULLIER, VII, n. 587; MARCADÉ, IV, n. 897; SCHÜLLER, op art. 1483 B. W. — (3) Verg. ook TOULLIER, VII, n. 586. — (4) EMANTS, bl. 17.

dat zij niet van regtswege nietig zijn (1). Intusschen is niet alleen hier, even als bij de straks beschouwde verbindtenissen, eene regtsvordering tot vernietiging noodig, maar is ook het bewijs van het geweld, de dwaling of het bedrog, mits het van dien aard zij, als de wet heeft bepaald, even voldoende tot de vernietiging als het bewijs van minderjarigheid; en moet de vernietiging ook evenzeer worden uitgesproken, zonder dat daarenboven behoeft te blijken van eenige benadeeling van hem, die gedwaald heeft of bedrogen of gedwongen is.

1072. Art. 1491 B. W. bepaalt, dat hij, die vermeent de nietig-verklaring eener verbindtenis op onderscheidene gronden te kunnen vorderen, verpligt is al die gronden tegelijk aan te voeren, op straffe van verstek der zoodanige, die later mogten zijn aangevoerd, ten ware de laatstgemelde door het toedoen der wederpartij niet vroeger hadden kunnen bekend worden. Bij de beraadslagingen werd aangemerkt, dat deze bepaling beter op hare plaats zou zijn in het W. v. B. R.; de Regering was echter van eene andere meening en begreep, dat zij even als art. 1490 niet tot de manier van procederen maar tot de stellige wetgeving, waarmede zij het burgerlijk regt bedoelde, behoort, als regelende de omstandigheden, onder welke de wet aan de twistende partijen al of niet regt tot aanspraak in regten toekent. Wat hiervan zij, men achtte voorts de bepaling geschikt ter voorkoming van de veelvuldige incidenten, welke in de regtsgedingen ten nadeele der partijen worden opgeworpen, en gaf daarom aan eene stellige bepaling de voorkeur, liever dan het over te laten aan het oordeel van den regter (2).

1073. Wat de straf van verstek betreft, het spreekt van zelf, dat men hier aan geene gelijkstelling met het verstek als gevolg der niet-verschijning in regten moet denken, maar dat het hetzelfde is, als wat men in het Ontwerp van 1828 uitdrukte door de woorden: „op straffe van vervallenverklaring", en dat dus ook geen verzet in dezen is toegelaten (3). Bij de beraadslagingen werd voorts aanmerking gemaakt op het woord *vermeent*, waarvoor men eene meer bepaalde uitdrukking verlangde (4). De bedoeling is echter duidelijk genoeg; en ieder, die meer gronden van nietigheid denkt te kunnen aanvoeren, onverschillig of ze geldig zijn of niet, moet ze tezamen aanvoeren, of de later aangevoerde zijn van zelve door hunne vroegere verzwijging opgeheven (5).

(1) Voorduin, V, bl. 132; asser, § 737; de pinto, II, § 794, bl. 409; 3e uitg. § 854, bl. 512. — (2) Voorduin, V, bl. 137—139; asser, § 741. Zie ook mr. j. c. v. d. kasteele, in *Themis*, VI, bl. 37 en v. — (3) Vernede, op art. 1491 B. W. Verg. voorduin, V, bl. 137. — (4) Voorduin, t. a. p. — (5) Hetzelfde geldt in hooger beroep; Groningen 22 Febr. 1853, *W.* 1432.

1074. De wet spreekt van onderscheidene gronden voor de nietig-verklaring, en SCHÜLLER verklaart dit door aan te merken, dat er nog meer gronden tot nietig-verklaring van verbindtenissen zijn, dan in deze afdeeling worden opgegeven. Bij de algemeenheid onzer bepaling zal men inderdaad ook mogen aannemen, dat zij mede op de elders geregelde gronden van nietigheid van toepassing is (1). Intusschen ziet art. 1491 in de naaste plaats op de onderscheidene gronden, waarvan in deze afdeeling gesproken wordt. Bij de beraadslagingen werd wel de vraag geopperd, of het de bedoeling was, dat alle gronden zoowel van nietigheid als van vernietiging tegelijk moesten worden aangevoerd (2), maar zij schijnt niet beantwoord te zijn. De algemeene toepasselijkheid van art. 1491 komt mij echter voor aan geen twijfel onderworpen te zijn; eensdeels omdat, gelijk we zagen, naar onze wet zoodanige onderscheiding inderdaad niet bestaat; anderendeels omdat, zoo men om het woord „nietig-verklaring" bepaaldelijk aan de in art. 1482 vermelde gronden denken wilde, bezwaarlijk onderscheidene gronden tezamen zouden kunnen bestaan.

1075. Art. 1491 zondert het geval uit dat de later aangevoerde gronden door het toedoen der wederpartij niet vroeger hadden kunnen bekend worden. Dit luidt vrij bepaald. Bij de beraadslaging werd eene meer algemeene uitzondering verlangd, voor het geval dat de grond later zou zijn *opgekomen of ontdekt;* en de Regering gaf hierop ten antwoord, dat men de uitzondering niet kon uitstrekken tot het nader opkomen van zoodanige reden, omdat „de oorzaak ten tijde van het sluiten des kontrakts moet hebben bestaan", maar dat men overeenkomstig dien wensch eene uitzondering had bijgevoegd in geval van latere *ontdekking* eener reden van tenietdoening (3). Intusschen vordert de wet hier onbekendheid door toedoen der wederpartij; en het bestaan hiervan, ook van het laatste, zal dus door hem, die er zich op beroept, bewezen moeten worden. Noodwendig zal hier echter eenige ruimte aan den regter moeten worden gelaten bij de beoordeeling, in hoe ver de later aangevoerde grond werkelijk geacht kan worden door toedoen van de tegenpartij niet vroeger bekend te hebben kunnen worden.

1076. „De regtsvordering tot nietigverklaring vervalt" voorts, volgens art. 1492 B. W., „indien de minderjarige, de onder curatele gestelde, de getrouwde vrouw die zonder bijstand van haren man heeft gehandeld, of hij die zich op geweld, dwaling of bedrog kan beroepen, de verbindtenis uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft bekrachtigd, na den dag van de meerderjarigheid, de opheffing der curatele,

---

(1) Verg. mr. JOLLES, in *N. R. B.*, VII, bl. 416. — (2) VOORDUIN, t. a. p. Verg. EMANTS, bl. 65. — (3) VOORDUIN, V, bl. 138.

de ontbinding des huwelijks, het ophouden van het geweld, of de ontdekking van de dwaling of des bedrogs." Ten aanzien van het geweld is hetzelfde ook reeds bepaald in art. 1363 B. W. Eene vroegere bekrachtiging kan natuurlijk geene meerdere waarde hebben dan de verbindtenis zelve, die bekrachtigd wordt. Anders is dit met eene latere bekrachtiging; die, ook waar zij uitdrukkelijk geschiedt, juist niet bij eene akte behoeft te geschieden, maar ook mondeling kan plaats hebben, met hetzelfde gevolg, zoo maar het bewijs door getuigen is toegelaten, of de zaak anders bewezen wordt; en die evenzeer stilzwijgend door feiten kan worden te kennen gegeven, welke onvereenigbaar zijn met den wil om de verbindtenis te doen vernietigen, b. v. door het vrijwillig ten uitvoer brengen of nakomen der overeenkomst (1).

1077. De vroegere onbekwaamheid wordt hier gedekt door de latere bekrachtiging, waardoor men zich op nieuw verbindt of het vroeger bestaand gebrek herstelt, na hiertoe bekwaam geworden te zijn; de vroeger gebrekkige toestemming wordt nu door de bekrachtiging volledig gemaakt (2). Bij de beraadslaging werd verlangd, dat ook aan de bekrachtiging eener door de vrouw zonder bijstand of magtiging aangegane overeenkomst, door den man vóór de ontbinding des huwelijks gedaan, eene gelijke kracht zou worden toegekend; maar de Regering, die meende, dat men eene bekrachtiging door den man na de ontbinding des huwelijks bedoelde, meende de verlangde uitdrukking niet te kunnen bezigen (3). Zij had nu wel het voorstel verkeerd begrepen, en haar antwoord kan dus niet met grond tegen de bedoelde opvatting worden aangevoerd, maar de verlangde bijvoeging heeft niet plaats gehad; en nu de wet zich daaromtrent niet uitlaat, schijnt men te moeten aannemen, dat de man, zonder medewerking der vrouw, door latere bekrachtiging aan haar of hare erfgenamen de bevoegdheid niet kan ontnemen om de nietigheid der verbindtenis in te roepen; omdat hetgeen eenmaal door de vrouw verrigt is zonder haar geldig te verbinden, later zonder haar toedoen voor haar geene verbindende kracht kan verkrijgen (4).

1078. Bij het gezegde zij nog aangemerkt, dat, wanneer de bekrachtiging zelve uit eenigen hoofde vernietigd wordt, zij natuurlijk als niet geschied beschouwd moet worden, en de oorspronkelijke verbindtenis dus blijft blootgesteld aan vernietiging (5).

1079. Eindelijk is nog de regtsvordering tot nietig-verklaring eener verbindtenis aan zekeren termijn bepaald, na welks verloop zij niet

---

(1) Voorduin, V, bl. 140; duranton, XII, n. 556, 558. — (2) Schüller, op art. 1492 B. W. — (3) Voorduin, t. a. p. — (4) Verg. hierboven I, n. 747. Anders emants, bl. 33. — (5) Vernede, op art. 1492 B. W.

meer kan worden ingesteld. Die termijn is bepaald voor alle gevallen, en dus welke ook de grond en de aard der nietigheid wezen mag (1), en is bepaaldelijk ook vastgesteld voor de regtsvordering, waarvan art. 1377 B. W. spreekt. Hij geldt, volgens den aanhef van art. 1490 B. W., in alle gevallen, waarin de regtsvordering niet bij eene bijzondere wetsbepaling tot een korteren tijd is beperkt; eene bijvoeging, waarbij men niet zoo zeer bepaalde gevallen op het oog schijnt te hebben gehad, als wel zich de bevoegdheid te hebben willen voorbehouden, om voor bepaalde gevallen een korteren termijn vast te stellen. Ook hier toch is slechts sprake van vernietiging van verbindtenissen, en de bepalingen omtrent vernietiging van bepaalde handelingen komen hier dus niet in aanmerking (2). Die termijn is vastgesteld op vijf jaren, de helft van zijn' duur naar art. 1304 C. N.; zoodat dan ook de Regering vermeende, aan het verlangen naar nog verdere inkorting geen gevolg te moeten geven (3).

1080. Die termijn, voor het aanleggen der regtsvordering vastgesteld, is echter volgens het laatste lid van art. 1490 niet toepasselijk op de nietigheid bij wege van verdediging (4) of exceptie voorgedragen, welke men steeds zal kunnen doen gelden. Art. 1304 C. N. mist deze bepaling; daar intusschen de tegenovergestelde bepaling eener vroegere Ordonnantie ook niet was overgenomen, nam men hetzelfde aan, overeenkomstig den regel: quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum. Onze wetgever heeft echter wél gedaan met uitdrukkelijk vast te stellen, wat anders twijfelachtig wezen kon. En zijne bepaling is zeer gegrond; omdat men anders telkens tot eigen veiligheid binnen den tijd van vijf jaren eene regtsvordering zou moeten instellen, al meende men ook met grond te mogen verwachten, dat de tegenpartij zelve nimmer de nakoming der verbindtenis zou vorderen, of dat men anders, in die verwachting teleurgesteld, door eene inderdaad onbestaanbare verbindtenis zou verbonden zijn. Nu kan men door eene regtsvordering de vernietiging der verbindtenis uitlokken, maar blijft anders ook te allen tijde geregtigd om, zoo men tot hare nakoming wordt aangesproken, zich met hare onbestaanbaarheid en nietigheid te verdedigen (5).

1081. Art. 1490 B. W. stelt voorts meer bepaald dan art. 1304

---

(1) TOULLIER, VII, n. 597—599. — (2) Verg. MARCADÉ, IV, n. 882. Zie echter SCHÜLLER, op art. 1490 B. W. — (3) VOORDUIN, V, bl. 136. — (4) Verg. over eene ingeslopen drukfout VOORDUIN, V, bl. 136. — (5) ASSER, § 740; DE PINTO, II, § 797, bl. 410; 3e uitg. § 857, bl. 513; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1490 B. W. Verg. TOULLIER, VII, n. 600 en v.; DURANTON, XII, n. 549; MARCADÉ, IV, n. 879.

C. N. (1) vast, van welk tijdstip de termijn van vijf jaren begint te loopen. In geval van minderjarigheid loopt hij van den dag der meerderjarigheid; waarbij wij aanmerken, dat, in geval van volkomene handligting, de dag in aanmerking moet komen, waarop de brieven van meerderjarig-verklaring verleend zijn, niet die, waarop deze, volgens art. 486 B. W., openbaar bekend is gemaakt; — de werking der handligting tegen derden moge eerst met die openbaarmaking beginnen, de handligting zelve bestond reeds eerder en stelde den meerderjarigverklaarde met een' meerderjarige gelijk (2). In geval van curatele loopt de termijn van den dag harer opheffing, of liever van den dag, waarop zij eindigt; want voor de erfgenamen loopt de tijd sedert den dood van den onder curatele gestelde, wanneer de curatele niet vroeger was opgeheven (3). In geval van handelingen eener getrouwde vrouw; zonder magtiging van den man (of van den regter) aangegaan, loopt de tijd van den dag der ontbinding des huwelijks; onverschillig, of het ontbonden is door den dood des mans of der vrouw, of op eenige andere wijze. Ook hier toch geldt de bepaling voor de vrouw zelve niet alleen, maar tevens voor hare erfgenamen en voor den man, die ook nog na de ontbinding dien termijn vrij heeft (4). In geval van geweld loopt de termijn van den dag, waarop het heeft opgehouden; in geval van dwaling of bedrog, van den dag der ontdekking. Wanneer hij, die tot het vorderen der nietig-verklaring geregtigd was, in den loop van dien termijn sterft, hebben zijne erfgenamen het overig gedeelte daarvan voor zich beschikbaar (5).

1082. De minderjarigheid of curatele dier erfgenamen schijnt daarin geene verandering te veroorzaken. Art. 1490 B. W. bedoelt blijkbaar alleen de minderjarigheid of curatele van hem, die zich verbonden heeft, zelven. Art. 2024 B. W. zegt wel, dat verjaring niet kan beginnen noch voortgaan tegen minderjarigen en tegen degenen, die onder curatele gesteld zijn, uitgezonderd in de gevallen bij de wet bepaald; maar het geldt hier geene gewone verjaring, waardoor men na zeker tijdsverloop iemand tegen eene regtsvordering heeft willen beveiligen; het geldt hier een bepaalden termijn, na welken men de regtsvordering niet meer wilde toelaten, en bij welks vaststelling

---

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 603 en v.; MALLEVILLE, III, bl. 138. Hetgeen TOULLIER, n. 609, zegt omtrent eene voorwaardelijke verbindtenis, kan daarom ook bij ons niet worden aangenomen; de termijn loopt altoos, zoo als in art. 1490 B. W. is bepaald, en dit spreekt niet van de vervulling eener voorwaarde. — (2) EMANTS, bl. 26. Verg. hierboven II, n. 1003. — (3) DURANTON, XII, n. 543. — (4) TOULLIER, VII, n. 613; DURANTON, XII, n. 540 en v. MARCADÉ, IV, n. 876, laat voor den man den termijn loopen van den tijd der handeling of dat hij daarvan kennis kreeg. — (5) TOULLIER, VII, n. 615.

geene beperking ten behoeve van minderjarige of onder curatele gestelde erfgenamen is gemaakt. De regtsvordering zou anders door gedurige erfopvolgingen gedurende een zeer langen tijd kunnen openstaan, niettegenstaande de bedoeling des wetgevers daarmede stellig strijden zou. Men kan hier de bepalingen omtrent verjaring in het algemeen niet toepassen; het zal toch ook wel niet twijfelachtig zijn, dat men het vervallen der regtsvordering niet zal kunnen stuiten door eenige daad van regtsvervolging, van tijd tot tijd herhaald, om daardoor art. 1490 geheel illusoir te maken. Hetzelfde geldt hier als ten aanzien van het regt van wederinkoop, dat ook slechts voor vijf jaren kan bestaan. Ten aanzien hiervan is wel de zaak in art. 1558 B. W. beslist, maar ook zonder die beslissing zou hetzelfde moeten worden aangenomen; en zoo is het ook hier, ofschoon hier zoodanige beslissing ontbreekt (1).

1083. Maar moet hij, die eene regtsvordering tot nietig-verklaring heeft ingesteld, wanneer de tegenpartij beweert, dat zij vervallen is, bewijzen, dat de termijn nog niet is verstreken, of moet de tegenpartij het tegendeel bewijzen? Het laatste komt mij meest aannemelijk voor, omdat de tegenpartij, door te beweren, dat de eisch vervallen is, zich ook in de verpligting stelt om naar den regel dat beweren te staven. Men zal toch wel niet moeten aannemen, dat de eischer in ieder geval, en zonder dat de tegenpartij zich daartegen verzet, het tijdige zijner vordering zal moeten bewijzen. Ten aanzien van minderjarigheid, curatele of den staat van gehuwde vrouw is het begin van den termijn veelal zoo duidelijk en gemakkelijk aan te wijzen, dat het in de praktijk onverschillig is, wien men met het bewijs belast. Anders is dit echter met geweld, dwaling en bedrog; en hier zou het den eischer veelal zeer bezwaarlijk, soms onmogelijk zijn, te bewijzen, dat de ontdekking niet vóór een bepaald tijdstip heeft plaats gehad. De voornaamste grond, dien DURANTON tegen deze meening aanvoert, is daarin gelegen, dat men, door den last van het bewijs den verweerder op te leggen, hem veelal middellijk zou noodzaken, het gebrek der toestemming, waarop de eischer zich beroept, het geweld, de dwaling of het bedrog te erkennen. Deze bedenking komt mij echter voor van weinig kracht te zijn, al zou men overigens daarop ook eene afwijking van den regel mogen gronden; omdat die erkenning dan toch reeds evenzeer geacht kan worden opgesloten te liggen in des verweerders *bewering*, dat de tijd, waarin de eisch kon worden ingesteld, verloopen is, en de verweerder veilig kan aanvoeren,

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 615 en v.; DURANTON, XII, n. 548. Anders MARCADÉ, IV, n. 878.

dat, zoo er al ooit bedrog enz. had plaats gehad, het althans reeds vóór zekeren tijd ontdekt is geweest (1).

1084. Wij merken hierbij ten slotte nog aan, dat art. 1490 B. W., buiten het geval van onbekwaamheid, slechts ziet op zoodanige gevallen, waarin de toestemming lijdt aan een bepaald gebrek, maar er toch toestemming aanwezig is. Waar die geheel ontbreekt, kan geene overeenkomst geacht worden te bestaan. Dit geldt b. v. van kinderen van dien leeftijd, waarin nog geene toestemming om zich te verbinden denkbaar is, en van hen, die in zulk een' staat van dronkenschap verkeeren, dat zij het gebruik der rede geheel en al missen (2). Hier behoeft geene nietig-verklaring gevraagd te worden, en bij wijze van verdediging kan, ook overeenkomstig het laatste lid van art. 1490, altoos dat gemis aan toestemming worden aangevoerd.

1085. De nietig-verklaring van verbindtenissen, onverschillig of zij een gevolg is van onbekwaamheid of van eene gebrekkige toestemming, heeft volgens art. 1487 en 1488 B. W. ten gevolge, dat de zaak en de partijen worden hersteld in den staat, waarin zij zich vóór het aangaan der verbindtenis bevonden (3). Dit is dan ook een natuurlijk gevolg der nietig-verklaring of vernietiging (4). Behoudens eene uitzondering, waarvan wij aanstonds nader zullen spreken, moeten partijen over en weder teruggeven, wat zij van elkander ontvangen hebben, of wel de waarde daarvan vergoeden; tenzij het eene bepaalde zaak mogt zijn, die buiten schuld vergaan of verloren gegaan is, als wanneer de verbindtenis tot teruggave, volgens art. 1480 B. W., vervalt (5). Het is alsof de verbindtenis nooit had bestaan; en hare vernietiging moet daarom ook werken ten nadeele van derde bezitters, op wie eene der partijen de zaak heeft overgedragen, en van wie, behoudens hun verhaal op die partij, de andere haar kan terugvorderen (6).

1086. Maar terwijl van hen, die bekwaam waren om zich te verbinden, alles wat zij ontvangen hebben kan worden teruggeëischt, ook wanneer de verbindtenis wegens geweld, dwaling of bedrog vernietigd is, onverschillig of dat ontvangene werkelijk te hunnen voordeele is aangewend of niet, is dit, volgens art. 1487 B. W., anders met hen, die onbekwaam waren om zich te verbinden. Hetgeen aan de-

---

(1) Anders DURANTON, XII, n. 536. — (2) Verg. hierboven n. 477, 482. — (3) Van gelijke beteekenis is de uitdrukking: *in zijn geheel hersteld worden*, in art. 483, 1099, 1100, 1111 B. W., art. 119 W. v. K., en: *in denzelfden staat teruggebragt worden*, in art. 394 W. v. B. R. Alle drukken even als het Romeinsche „restitutio in integrum" het begrip zeer juist uit. — (4) Zonder en vóór deze kan ook geene herstelling in het geheel worden uitgesproken. Verg. H. R. 8 April 1853, *N. R. B.*, III, bl. 289 en v. — (5) DURANTON, XII, n. 563. — (6) Verg. DURANTON, XII, n. 564 en v.

zen ten gevolge der verbindtenis is uitgekeerd of betaald, kan slechts worden teruggevorderd, voor zoo ver het nog onder den onbevoegde berust, of voor zoo ver mogt blijken, dat deze door het uitgekeerde of betaalde werkelijk is gebaat, of dat het genotene te zijnen nutte is aangewend of gestrekt heeft. Wanneer de nietig-verklaring op grond van geweld, dwaling of bedrog plaats heeft, zijn beide partijen bevoegd om over hare goederen te beschikken, en de wijze, waarop de eene gehandeld heeft met hetgeen zij heeft ontvangen, kan de andere niet benadeelen. Dit is dan ook, — en niet, gelijk ASSER zegt, dat de verbindtenis in die gevallen niet van regtswege nietig is, hetwelk daarop wel geen invloed zou kunnen hebben, al was de tegenstelling ook juist; — dit is dan ook de oorzaak, waarom in art. 1488 niet eene gelijke bepaling voorkomt, als die in art. 1487 B. W., ook niet in het algemeen voor dien grond van vernietiging, maar bepaaldelijk ten behoeve van den onbevoegde is gemaakt, zoodat ook daar de tegenpartij al het genotene moet teruggeven. De onbevoegde alleen wordt hier in bescherming genomen, met dat gevolg, dat de verbindtenis, die te zijnen aanzien nietig is, hem geen nadeel kan veroorzaken, en hij kan volstaan met terug te geven, wat hij nog heeft, of wat hem heeft gebaat, tot teruggave waarvan ook hij natuurlijk verpligt moest blijven (1).

1087. Degene, tegen wien de regtsvordering tot nietig-verklaring is toegewezen, hetzij uit hoofde van onbekwaamheid of van gebrekkige toestemming (2), is, volgens art. 1489 B. W., 'twelk op beide gevallen even toepasselijk is, daarenboven verbonden tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden zijn; d. i. indien er kosten, schaden en interessen te vergoeden zijn en aan de bedoelde partij eenige schuld te last gelegd kan worden, die haar wegens kosten, schaden en interessen aansprakelijk stelt.

---

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 134 en v.; ASSER, § 738 en v.; DE PINTO, II, § 796, bl. 409 en v.; 3e uitg. § 856, bl. 512; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1487 en v. B. W. Verg. ook DURANTON, XII, n. 562 en v. — (2) Verg. VOORDUIN, V, bl. 135.

REGISTER

DER

IN DIT DEEL BEHANDELDE ARTIKELEN.

INHOUD.

DERDE BOEK.

Van verbindtenissen.

EERSTE TITEL.

Van verbindtenissen in het algemeen.

DERDE TITEL.

Van verbindtenissen, die uit kracht der wet geboren worden.

VIERDE TITEL.

Van het te niet gaan der verbindtenissen.